

LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU CONGRUENCIA CON LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL (VIDA PASIÓN Y MUERTE DE LAS SOCIEDADES)*

CORPORATE PERSONALITY IN ARGENTINE LAW AND ITS CONGRUENCE WITH CORPORATE AND INSOLVENCY LEGISLATION (LIFE, PASSION AND DEATH OF SOCIETIES)

*Efraín Hugo Richard ***

Resumen: A seis años de vigencia del Código Civil y Comercial parece importante generar un trabajo sobre sus normas en materia de “Personas Jurídicas”, vinculándolas con la Ley General de Sociedades, las relaciones de organización personificadas encarando actividades empresariales, y con la Ley de Concursos y Quiebras que atiende a las crisis de esas personas. Es una forma de mirar el nacimiento, la vida y la defunción de esos entes que tienen personalidad conforme el orden normativo.

Palabras-clave: Personas jurídicas privadas - Sociedad - Responsabilidad - Inoponibilidad - Causales de disolución - Crisis de sociedades.

Abstract: Six years after the Civil and Commercial Code came into force, it seems important to generate work on its rules on “Legal Persons”, linking them with the General Law of Companies, the personified organizational relationships facing business activities, and with the Bankruptcy Law that addresses the crises of these persons. It is a way of looking at the birth, life and death of those entities that have personality according to the normative order.

Keywords: Private legal persons - Society - Liability - Non-enforceability - Grounds for dissolution - Corporate crisis.

* Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de octubre del mismo año.

** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Doctor “honoris causa” por las Universidades: Nacional de Tucumán, del Norte Santo Tomás de Aquino y Universidad Católica de Salta, de la que ya era Profesor Extraordinario al igual que de la Universidad Notarial Argentina. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México, habiendo ejercido cargos directivos en varios períodos. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba UNC y Director de su Instituto de la Empresa

Sumario: Introducción. **I. Persona jurídica.** II. Persona jurídica y relaciones de organización. III. La normativa civil y comercial. III. 1. Qué es ser persona jurídica. III.2. Constitución y actividad. Efectos respecto de terceros. III.3. Responsabilidad de sus miembros. III.4. Inoponibilidad de la personalidad. ¿Personas públicas? III.5. Clasificación de las personas jurídicas públicas y privadas. Delimitación de las privadas. El consorcio de propietarios. III.6. Orden normativo. III.7. Previsiones exclusivas para persona jurídica privada. Su identificación. III.8. Patrimonio y duración. III.9. Sobre la funcionalidad. III.10. De causales de disolución y liquidación. IV. Relaciones de organización no personificadas. V. Responsabilidad. VI ¿Un derecho societario de crisis? VII. Normas imperativas. VIII. Meditando.

Introducción

Para la Revista de nuestra Facultad buscamos ir más allá de una mera explicitación de las normas, tratando de generar un sistema de la regulación societaria, en una rápida exposición normativa con conectividad entre diversas leyes, particularmente el Código Civil y Comercial (CCC), la Ley General de Sociedades (LGS) y la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) de la República Argentina.

En sistemas como el argentino, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, los recursos técnicos de imputación no pueden ser producto de la autonomía contractual¹, pero aceptados por la ley quedan a libre acceso. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, extienden sus efectos a terceros, siéndoles “oponibles” conforme lo previsto, con un nuevo sistema de imputación.

A su vez, y en nuestra consideración que se trata de una Institución, no sólo deberemos hablar de su “nacimiento” sino de aspectos de su funcionalidad y muy particularmente de su “muerte presunta” afrontando causales de disolución y de su liquidación.

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

¿Por qué y para qué de la personificación? En el plano ideal, persona es un recurso técnico para disciplinar y simplificar ciertas relaciones jurídicas. Es lo que

(1) GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1992, trad. esp., p. 442.

Ihering llama “paréntesis”, Kelsen denomina “centro de imputación”, y Ross considera como “relación tu-tu”².

Pongamos atención en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones personificándolas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico para el funcionalismo societario. Por este medio se están tutelando los intereses de quienes se vinculan con el mismo, y no la limitación de responsabilidad de los socios.

Se justifica en el “interés” de organizar la “empresa” y garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por su uso racional. Lo importante es referirse a cuándo quedan reconocidas, su funcionalismo mínimo y su desaparición del mundo jurídico.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social o si se quiere de la constatación de un patrimonio insuficiente para operar o para atender a los acreedores, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³, “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerada por algún otro como anticoncursal”⁴, obligando a pensar un derecho societario de crisis o en un derecho concursal de las personas jurídicas.

I. Persona jurídica

El concepto de persona jurídica tiene su origen en las lenguas clásicas: en latín, el sustantivo “persona -ae” surgió del verbo “persono, -as, -are”, que significaba sonar mucho o resonar; derivado del griego Προσωπον, utilizado para designar la máscara de los actores. Viene a cuento que luego se aplicó a los actores de la vida social y jurídica, a hombres, como sujetos de derecho, y desde lo jurídico, “persona” es todo ser capaz de derechos y obligaciones; capaz de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas, equivalente a “sujeto de derecho”, entendido este término en sentido abstracto, pues no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones; de deberes y de responsabilidades⁵.

(2) COLOMBRES, Gervasio. *Curso de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 60.

(3) URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución”, Cap. 4, p. 1001 en “*Curso de derecho mercantil*” dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves”, pp. 1009 a 1013.

(4) DÍEZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra 2006, p. 387.

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

Sobre el particular explicitamos que existen dos términos estrechamente relacionados, que frecuentemente se emplean como sinónimos, aunque en realidad no lo son: el concepto “Persona” y el concepto “Personalidad”. “Persona” es todo ser capaz de adquirir derechos y obligaciones, en cambio, “Personalidad” designa una aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas: se “es” persona, se “tiene” Personalidad⁶. Entonces parte del problema queda solucionado. Solo es persona el ser humano, aunque personalidad pueden tenerla ciertas figuras creadas por el Ordenamiento que así las reconoce.

II. Persona jurídica y relaciones de organización

En torno a las relaciones de organización, el catedrático español De Castro y Bravo⁷ advierte la existencia de un sustrato fáctico concreto de la persona jurídica, observando que esta noción tiene una raíz más profunda que se funda en las organizaciones que se distinguen de los hombres que las constituyen y que las rigen, con un fin distinto al de los asociados y administradores que las integran.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia “organización” significa la “acción y efecto de organizar u organizarse”, “conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado”; y “organizar” es: “establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados” o bien “disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado”, y así las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización o de “organizaciones” predispuestas, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos, a lo que denominamos como relaciones de organización personificadas⁸, conforme un estatuto registrado o comunicado.

A veces se generan dificultades para el pensamiento sistemático pues el orden jurídico privado patrimonial negocial ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de cambio. Dentro de

(6) CASTÁN TOBEÑAS, J. “La personalidad jurídica, en el Derecho español” [Texto de la Ponencia sobre Persona Jurídica, elaborada por el Comité de la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia], publicado en el Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, España, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 2012, t. I, vol. 2 (en adelante “Inf. España” en las notas) p. 114: En todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “ser persona” y “tener personalidad”; distinción que -entre otros aspectos- trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “tiene”, nunca es algo inmanente al ente de quien se predica.

(7) DE CASTRO y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, reimpr. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, p. 22.

(8) RICHARD, Efraín Hugo. *Organización asociativa*, Ed. Zavalía Buenos Aires 1994, p. 143; “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial (Una contribución para el debate)”, en 1er. Congreso Internacional sobre “El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades” (diciembre 2013, Málaga, Congreso Virtual).

ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, y en ese momento reconociendo efectos incluso a la declaración unilateral de voluntad, también a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, buque, empresa, fideicomiso, fondos, de los que la realidad y la normativa que las reconoce en el derecho comparado da cuenta todos los días como centros imputativos, no siempre personas jurídicas⁹. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo son personas jurídicas las reconocidas por el legislador –art. 148 CCC–.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, recurriendo a lo que ha sido descrito como una “*técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones*”¹⁰, es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad¹¹.

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

Deben superarse los dogmatismos en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica¹², relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de orga-

(9) RICHARD, Efraín Hugo. “La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso”, publicado en Alberto BUERES y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dirs.), AAVV *Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.561. 1997. Y nuestros, *Organización Asociativa*, 1ra. ed., Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1994; *Las Relaciones de Organización. El sistema jurídico del Derecho Privado* (2ª ed.), *Relaciones de organización - Sistema societario, y Relaciones de Organización - Sistema de contratos de colaboración*, editados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(10) GUYON, Y. *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, Ed. Economica, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “La Personalidad jurídica del Comerciante Social”, en *Estudios de Derecho mercantil (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades)*, t. I, Editorial de Derecho financiero/Editoriales de derecho reunidas, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

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

(12) RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a personalidad jurídica”, en *Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, España, 2012, p. 407,

nización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles de esa organización -asociación, sociedad, y dentro de estas los subtipos o tipología de segundo grado: sociedad colectiva, anónima, etc.-.

Centrados en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas privadas: la sociedad, como sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo, constituyendo un patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Aunque puede constituirse una sociedad de *mera administración de cartera* como resulta del art. 31 LGS.

El Derecho de sociedades -como una especie de Derecho “*de corporaciones*”- tiene por objeto regular gran parte de las *organizaciones* privadas, de carácter voluntario, basadas en la agrupación negocial de personas o la afectación finalista de patrimonios¹³, y se señala que esa condición imputativa de organizaciones viene dado cuando las sociedades y fundaciones -patrimonios afectos a un fin- alcanzan personalidad jurídica; es decir: a partir del momento en que pasan a ser sujetos de Derecho, y no meras relaciones intersubjetivas de origen contractual o negocial; cuando *pasan del vínculo, a la persona*.

A su vez esta organización generando una persona jurídica impone la existencia de órganos. Los mismos se corresponden a cada tipo de persona jurídica que se quiera constituir. En las sociedades distinguimos los necesarios órganos de gobierno o reunión de miembros, que se constituyen con cierta periodicidad para tomar decisiones o recibir el estado patrimonial de un órgano de administración, de actuación constante para atender las relaciones jurídicas de la persona jurídica, de un órgano de representación que exterioriza las decisiones del órgano de administración, y probables órganos de fiscalización para asegurar la legalidad del desenvolvimiento de la persona jurídica. A su vez los integrantes de esos órganos de administración no están sujetos a un mandato voluntario sino a uno representativo. Y de allí las nuevas normas sobre representación orgánica y voluntaria.

El CCC y las reformas a la LGS superaron las diferencias de criterios que, confundiendo la sociedad persona jurídica de la nominada meramente como “sociedad accidental” -mero contrato asociativo no personificado-, las incluían en la prohibición contenida en el viejo art. 30 LSC, por el uso de la expresión sociedad¹⁴. Ahora normados los contratos asociativos en el CCC la cuestión ha quedado definitivamente superada. Así el negocio en participación puede ser una herramienta expansiva

(13) En una interesante monografía sobre los empresarios fundacionales, se señala que la personalidad jurídica de la fundación/empresa posee un carácter institucional, y se aclara esta afirmación señalándose que el substrato de este tipo de persona jurídica no está formado por una agrupación de personas, sino por un “fin” a realizar. VALERO AGUNDEZ, U. *La Fundación como forma de Empresa*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, p. 131.

(14) RICHARD, *Las Relaciones de organización*, cit.

de negocios al introducir flujos de fondos específicos cuando existe capacidad de trabajo ociosa.

Adviértase el *carácter* que entraña la personalidad para la relación a la que se caracteriza como persona jurídica, pues creada y generado su patrimonio, no puede desaparecer sin cumplir los requisitos que la normativa impone para su liquidación. El aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad¹⁵.

El concepto de persona es indivisible y excluyente, actúa siempre como un centro de imputación diferenciada, generando un grado de separación patrimonial que podrá ser absoluta o relativa según el tipo societario, implica un sistema de organización a través del cual es posible hacerla actuar como titular de derechos y deberes y a su vez, reconoce un fin autónomo que permite comprender las nuevas maneras de asociación que ofrece el mundo de hoy. Sólo queda de recuerdo la expresión de la Exposición de Motivos del Dto. Ley 19550 del año 1972 sobre la personalidad “precaria y limitada” de las sociedades irregulares, no advertible en el articulado bien entendido. La personalidad es una sola, se tiene o no se tiene. Eventualmente es un problema de oponibilidad como veremos.

III. La normativa civil y comercial

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

Hagamos un repaso de las nuevas normas.

III.1. *Qué es ser persona jurídica*

“Título II. Persona jurídica. CAPITULO 1. Parte General. SECCIÓN 1ª. Personalidad composición.

ARTICULO 141. *Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.*

(15) URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, p.99.

La persona jurídica configura una voluntad autónoma generando un centro de imputación con aptitud de obligarse y adquirir derechos. La referencia a su objeto y los fines de su creación he hecho pensar en un retorno a la teoría sajona del *ultra vires* como limitación de la capacidad, conectando con el art. 156 CCC que respecto del objeto señala que debe ser “preciso y determinado”, limitando la imputabilidad. Anticipamos nuestra opinión que el punto no hace a la capacidad amplia de la persona jurídica, sino a la legitimación de su órgano de representación, y que no necesariamente debe ser único ese objeto, sino conforme los fines y la falta de una disposición expresa en contrario puede ser plural.

Se refuerza la tesis que el ordenamiento jurídico es el que impone la personalidad¹⁶: sólo la tienen los patrimonios separados a los que alguna norma les atribuya la calidad de persona jurídica. No basta que el sistema impositivo les atribuya responsabilidad por deuda ajena, como acaece con los contratos asociativos -que no tienen personalidad-¹⁷.

Es oportuno recordar a Girón Tena cuando afirma al referirse a los antecedentes del derecho comparado: “tiene un interés escaso fuera de su país, el gran esfuerzo, en el que participan muchos mercantilistas italianos, acerca de si los textos concretos del Codice Civile permiten generalizar la personalidad para todos los tipos de sociedad -tendencia que continuaría la posición de la doctrina precedente a aquel cuerpo legal -o si, por el contrario, obligan a distinguir principalmente entre sociedades de personas y de capitales -con lo que se coincidiría con la orientación alemana (...)”. Se trata de un problema normológico o del derecho positivo de cada país, pues en muchos de ellos las sociedades de personas no son reconocidas como personas jurídicas.

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

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

(17) RICHARD, Efraín Hugo. “Contratos Asociativos”. en Julio RIVERA, Julio (Dir.) *Proyecto de Código Civil y Comercial Comentado*, AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; “Contratos asociativos”, *Contratos Comerciales Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2017/3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 21 de diciembre de 2017, p. 295 y ss.

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

Un punto central es si la “aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” está condicionada al “cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. El tema debe vincularse al art 59 LGS ya que no lo consideramos un condicionante a la capacidad –obviamente limitado por la naturaleza de la persona jurídica que no puede tener la capacidad de las personas humanas- sino que es un aspecto de legitimación o imputación. Ello sin perjuicio de la precisión del art. 156.

Si configurado un *contrato asociativo conforme las normas que establece el CCC, por exorbitación en la actividad* del representante voluntario se actuará generando un centro de imputación, anulando la actividad independiente de los partícipes, aunque sólo fuere en el objeto del contrato, y lo hiciera como sociedad, traspolando la representación voluntaria en orgánica; si ello se prueba se podría sostener la existencia de un centro imputativo personificado, como una sociedad simple. Esa imputación obliga a una prueba cuidadosa de esa actuación como sociedad, perdiendo la individualidad operativa los miembros del contrato asociativo.

III.2. Constitución y actividad. Efectos respecto de terceros

“ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla”.

Adviértase que es el único artículo de esta parte general que hace referencia a la persona jurídica privada. Debe tenerse en cuenta la expresa manifestación o limitación normativa. Hace relevante el acto de voluntad privada.

Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde el que se reconoce la imputación diferenciada *erga omnes*: ¿la elección del medio de constitución, el tipo de persona jurídica elegida, la inscripción y/o la mera actuación?¹⁸. Este nuevo artículo define una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo sean desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Es decisión del legislador reconocer la existencia de la persona

(18) CASTÁN TOBEÑAS, “La personalidad jurídica, en el derecho español”, cit. p.75: “III.4.1.- Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Uno de los problemas clásicos y más importantes -por su trascendencia práctica-, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce *-rectius*, se concede- personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad (...), de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir”.

jurídica privada desde su constitución, pero es otro aspecto desde cuando se generan sus efectos. La situación acaece cuando el tipo elegido de sociedad, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada impone su inscripción en el Registro, y recién entonces se producirán la totalidad de los efectos de la figura elegida por los constituyentes. Cuando esta inscripción acaezca no será necesaria otra prueba, pero antes de ello quien quiera promover una acción contra la sociedad constituida pero no registrada deberá acreditar que contrató con la misma o su existencia en caso de una obligación extracontractual. Esa prueba deberá ser generada incluso para legitimarse activamente. Será un problema de prueba (arts. 21 a 26 LGS).

Los Fundamentos del Proyecto CCC son importantes en ese aspecto¹⁹. Mientras la doctrina argentina debate sobre la supuesta personificación de las sociedades de hecho, la realidad desafía tal posición. La original Exposición de Motivos de la ley de sociedades, dogmáticamente afirmaba que la personalidad de esas sociedades es “precaria y limitada”, expresión opinable pues la personalidad es única²⁰, se tiene o no se tiene. La norma no se expresa.

La simplificación de relaciones que comporta el reconocimiento de la personalidad es frágil para la sociedad de hecho, salvo confesión judicial o extrajudicial fehaciente de todos los que supuestamente la componen. De no -y aún en esos supuestos en muchos casos- quién pretenda ejecutar la relación jurídica incumplida contra esa sociedad, deberá legitimar pasivamente a ésta, a todos los supuestos

(19) En Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, al final, al referirse a reformas a la Ley General de Sociedades se expresa sobre el punto: “1). Sociedad y persona jurídica. La reforma propuesta considera que la sociedad es un sujeto derecho, y ello debe complementarse con las normas existentes en materia de personas jurídicas: *Artículo 142.-* Comienzo y fin de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla. *Artículo 143.-* Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. El comienzo de la persona jurídica ha sido ampliamente debatido, existiendo dos posiciones. a) La sociedad es sujeto de derecho desde el momento de su constitución. Es la tesis del derecho vigente y la que adopta este anteproyecto. b) La sociedad es persona jurídica y de sujeto de derecho sólo a partir de la inscripción registral. En la etapa previa hay un contrato. Mediante ello se procura evitar la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a lo que es doctrinalmente un *joint venture* (contrato) y nunca sociedad, aún en sentido lato. La Comisión ha considerado muy fundadas ambas posiciones, pero se ha inclinado por la primera. Una cuestión de orden práctico, es el funcionamiento de los registros, que, en muchas provincias, tienen demoras importantes para terminar los procesos de inscripción. En ese contexto, podrían generarse serios problemas para quien ha creado una sociedad, que no es tal hasta la inscripción, si ésta se atrasa varios meses. Por lo tanto, sin perjuicio del interés teórico, no se dan los presupuestos de infraestructura que la hagan viable. Hemos tenido en cuenta también que, en los proyectos anteriores no se innovó sobre el régimen vigente. Para no citar sino el Proyecto de 1998, luego de que su Art. 138 definía a las personas jurídicas como “*todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones*”, el Art. 147 preveía que “*la existencia de las personas jurídicas privadas comienza desde su constitución*”.

(20) Inf. España “O se tiene personalidad -es decir: capacidad para ser titular de derechos y obligaciones-, o no se tiene, en absoluto. No caben medias tintas.”.

integrantes y acreditar que dicha relación es imputable a la sociedad y no a alguno o algunos de los socios²¹. El efecto *erga omnes* no existe. Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde que se reconoce la imputación diferenciada *erga omnes*: ¿la elección del medio, la inscripción y/o la mera actuación?²²

El nacimiento (reconocimiento) y desaparición de un centro de imputación (particularmente de una persona jurídica) se vincula a la realidad. Y la misma son las relaciones jurídicas imputables a un conjunto de bienes o patrimonio separado (activas y pasivas). O sea, cuando ese centro es reconocido como diferenciado por y para terceros, y no se vinculan con los socios sino con ese centro.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a socios y, particularmente, a terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los socios por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse), marcando el grado de estanqueidad patrimonial respecto de los socios de no resultar satisfechas las obligaciones de terceros.

De no haberse cumplido con los requisitos de publicidad del nuevo ente que exija la norma, estaremos frente a un centro imputativo de limitados efectos internos o con terceros vinculados, que es apto para recién allí generar efectos *erga omnes*.

La supuesta personalidad de las sociedades no exteriorizadas²³, si bien asegura efectos desde la firma del contrato, limita ese efecto unificador y simplificador en la

(21) Inf. España (p.80): "(...) de modo que este segundo párrafo podría hacer pensar que, verdaderamente, las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica simultáneamente a -y por causa de- la propia *constitución*. Mas, entonces se suscita el problema de *qué se entiende* por "*constitución*" de la Sociedad o qué se entiende cuando se dice que la compañía mercantil se halla "*constituida*". Y aquí se incurre en una *primera falacia*: la de dar por supuesto que la "*constitución*" de la Sociedad se refiere al simple hecho de la celebración del contrato, y que -asimismo- la Sociedad queda "*constituida*", cuando se ha celebrado el contrato de sociedad. Pero, sobre todo, sucede que la tesis de la personificación derivada directamente de la perfección del contrato, choca frontalmente con los textos legales (...). Y, en este sentido, el CCo. distingue claramente dos tipos de planos o niveles" las relaciones internas y las externas.

(22) Inf. España (p.75): III.4.1.- *Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Uno de los problemas clásicos y más importantes -por su trascendencia práctica-, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce *-rectius*, se concede-personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad (...), de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir.

(23) La supuesta personalidad de la sociedad de hecho contradice el fin señalado y fijado en el Segundo Congreso de Derecho Civil referido al "sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro", superando el otorgamiento de la personalidad jurídica. También el criterio fijado por el art. 46 CC para reconocer a ciertas asociaciones como sujetos de derecho, basado siempre en el principio de certeza y publicidad para no afectar derechos de terceros. La sociedad no siempre es persona jurídica, y así, en Francia, la sociedad de hecho no es persona moral. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del Código Civil). No altera esa apreciación que se acepte que los "socios" se presenten unificadamente en

relación terceros-sociedad-socios (incluso entre estos cuando no existe contrato, sino actuación de hecho). Su personificación puede afectar derechos de terceros -particularmente de los acreedores de los socios-, y parece suficiente la responsabilidad de los socios o de los que hayan generado apariencia en tal sentido²⁴.

Por otra parte, la personalidad se corresponde a la exigencia de un patrimonio separado. Así como la sociedad de hecho carece de capital estatutario, en muchos casos es difícil determinar si tiene patrimonio, aparte la supuesta imposibilidad normativa de comprar bienes registrables. Esa opinable personalidad debe ser analizada con particular cuidado y con limitados efectos, porque es sólo un procedimiento técnico para facilitar la gestión de los bienes puestos en común, careciendo de significación si no se expone en relación con terceros²⁵. Estas, como las sociedades irregulares y en formación, generan limitados efectos imputativos *que pueden perfeccionarse cuando se cumplan los requisitos fijados por la ley para que la relación de organización quede personificada*, como hemos anticipado intentando superar la cuestión. La reforma de los arts. 21 y ss. LGS soluciona estos problemas.

Todo lo referente a sociedades no inscriptas o atípicas debería resolverse a través de la responsabilidad, no alterando los centros de imputación respecto a los acreedores individuales de los supuestos socios que se verían preteridos por los acreedores sociales, o sea de la supuesta persona jurídica (sociedad de hecho)²⁶.

Claro que no basta la mera firma del negocio constitutivo, sino la realización de algún acto, incluso con un socio, como puede ser el depósito del capital que aporta, o de parte de él.

el procedimiento de “redressement judiciaire”. La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos 24522 en sus arts. 65 para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, se autoriza la presentación en un único proceso. La razón es de economía procesal.

(24) MUIÑO, Orlando Manuel - RICHARD, Efraín Hugo. “En torno a la no personificación de las sociedades de hecho”, Comunicación al X Congreso argentino de Derecho societario, VI Congreso iberoamericano de Derecho societario y de la empresa, tomo I, p. p. 693. Enrolándonos en posición divergente, o sea en relativizar la aparente personificación de la sociedad de hecho, que sólo tendría virtualidad conforme el art. 26 LSC en supuestos de quiebra. Sería aplicable el Código Civil en su art. 1666: “La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad a favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad”. O sea que se convierte en un sistema de responsabilidad, no generándose una persona jurídica y, como tal, un centro imputativo autogestante. Sólo es prueba de la existencia de la sociedad de hecho en CCA: “La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales” (art. 1665 ap. 4). Incluso el reconocimiento extrajudicial entre socios de la existencia de una sociedad de hecho no puede invocarse para afectar derechos de terceros (art. 1195 CCA), pues se podría intentar preterir a acreedores individuales.

(25) Cámara Nacional Comercial, sala B, Julio 3 de 1979, *in re: “Splenser, Carlos c. Eisler, Eric”*.

(26) Inf. España (p. 82): Por consiguiente (...) revela que la adquisición de personalidad jurídica, por las sociedades mercantiles precisa de publicidad *legal* y que esa publicidad legal, lo es porque y en cuanto es publicidad *registral*.

El tema vincula el nacimiento con la desaparición de la sociedad. Son las relaciones jurídicas más que las formas las que determinan la existencia e imputabilidad de la persona jurídica. Mientras tenga bienes u obligaciones a cumplir, incluso deudas a satisfacer, la persona jurídica no ha desaparecido. Y aquí *debe distinguirse entre aspectos formales de inscripciones y la realidad y existencia de las relaciones con bienes o terceros*. Es parte del tema de la crisis económica financieras patrimoniales de las sociedades. Un tema apasionante que trataremos de perfilar más adelante.

Hoy se superan los dogmatismos en torno a su naturaleza, relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de organización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles. El centro de las apostillas es la personalidad de esos tipos hasta cumplirse la totalidad de los requisitos exigidos para generar efectos *erga omnes*²⁷. 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 y ss. LGS, o sea, al igual que los de las simples sociedades. Una adecuada igualación, a cuyo alcance hemos ensayado oportunamente.

Concluimos que el reconocimiento de personalidad a la sociedad es “*erga omnes*” cuando la misma está inscrita 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.

Se advertirá que en los casos que se requiere autorización estatal -bancos, seguros- la ley usa la expresión “funcionar” como limitativa, pero no por ello deja de reconocer la personalidad. La persona jurídica sociedad está constituida pero no puede operar en el mercado con la actividad sujeta a regulación o autorización.

III.3. Responsabilidad de sus miembros

“ARTÍCULO 143. Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. - Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial”.

(27) Ibidem, p. 10: una vez que se hace distinción entre el concepto “Persona” y el concepto “Personalidad”; una vez que se advierte que se “es” Persona, pero que se “tiene” Personalidad, gran parte del problema queda solucionado.

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

Sobre responsabilidad de sus miembros y administradores volveremos. Aunque adelantamos que esta norma permitiría sostener que los bienes de socios, incluso de los solidariamente responsables, no pueden ser agredidos mientras exista patrimonio social para responder. Hemos criticado las demandas laborales donde se demanda a la sociedad y socios sin acreditar previamente la inexistencia de patrimonio social para responder al reclamo²⁸.

No es diferente a lo previsto en el art. 56 LGS que sostiene que la sentencia contra la sociedad hace cosa juzgada frente a los socios, pero recién se podrá ejecutar contra ellos, conforme al tipo social, una vez excutidos los bienes de la sociedad. Se trata sin duda de responsabilidad solidaria pero subsidiaria. El riesgo se corre a través de la sociedad, y los socios, conforme el tipo social o -agregamos- en caso de culpa omisiva o activa, o dolo por responsabilidad civil, societaria o concursal, siempre en el caso que los bienes sociales no fueren suficientes. Estamos refiriéndolos a la insolvencia.

Estas previsiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, e integrantes de sus órganos, no afecta el sistema de solidaridad pasiva. La sentencia hace cosa juzgada para todos los deudores solidarios, pero la acción procesal conjunta contra la sociedad, generadora de la obligación, y todos los demás obligados por disposiciones de garantía social -no voluntaria- atentan contra la buena fe y constituyen un abuso de derecho si la sociedad es solvente.

(28) RICHARD, Efraín Hugo. "Sociedades, incluso unipersonales, y responsabilidad de administradores y socios", en www.acaderc.org.ar y en *Revista de Derecho Laboral. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, octubre 2015, tomo I, pp. 319-362.

III.4. Inoponibilidad de la personalidad. ¿Personas públicas?

“ARTICULO 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La llamada inoponibilidad de la personalidad es ahora regulada en el CCC, desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 *in fine* LGS. Apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar a socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, por los daños causados por la irregular actuación de ellos en relación a la persona jurídica. En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. El abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

Esta norma es interesantísima. En el caso de sociedades ha generado el disenso sobre si se aplica el art. 54 *ter* LGS o esta norma. A nuestro entender el art. 150 CCC da respuesta a una integración. Recordémosla *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”*.

Algún disenso se ha generado sobre cuál norma se aplica a las sociedades, y no hay duda que debe darse prioridad a la del 54 *ter* LGS por corresponder a la ley especial conforme el art. 150 CCC, pero justamente este señala que “en su defecto” se aplicarán las normas del CCC. Y la redacción del art. 144 CCC supera deslices tales como “mero recurso” o “se imputará directamente”, por lo que a nuestro entender autoriza la aplicación integrativa.

Pero donde resulta importante esta norma, alejándose de las sociedades, es su aplicación a las personas jurídicas públicas, pues no hay exclusión como en el art. 142 CCC, y no es para reclamar al Estado, sino para que el Estado o terceros puedan reclamar a altos funcionarios públicos, controlantes directos o indirectos, hayan violado la ley y generado daño²⁹.

(29) RICHARD, Efraín Hugo. “¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos?”, en VEIGA, J.C. - PADILLA, R. (DIRS.), SAHIÁN, J.H. (Coord.) *Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al Presidente Honorario*

El CCC sancionado como Ley 26994, como así también la anterior Ley 26944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos”, cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos por la Carta Magna). Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional. El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su art. 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para reparar el daño, pues se violaría el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira, ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

En esta interpretación³⁰ que refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable o sea el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto es la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión. El Poder Ejecutivo Nacional reiteró en el Dto. 1096/2015 el intento de blindar a sus miembros que integren órganos de personas jurídicas de las acciones de responsabilidad previstas en la LGS, sobre lo que nos cabe el mismo comentario.

prof. dr. Julio I. Altamira Gigena, San Miguel de Tucumán 2021, al n° 22 de la versión electrónica, libro en prensa.; y “Responsabilidad de funcionarios públicos y la reforma del Código Civil, en *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.C. Vol. X, N° 1 (2019) pp. 1-16.

(30) Sostenida con el Profesor Emérito U.N.C. Dr. José Luis PALAZZO, en “El art. 144 del Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, publicado en *La Ley* año LXXX N° 54, 2016-B, diario del lunes 21 de marzo de 2016.

Esta situación se potencia en el caso de actividad ilícita de la sociedad, sancionada ejemplarmente por el art. 19 LGS.

Sobre aspectos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica Jesús Alfaro Águila Real señala³¹: “Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, *los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico*, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo*. Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que *las personas jurídicas son centros de imputación provisional* (o, en otras palabras, *centros de distribución de derechos y obligaciones*) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en *aislamiento*, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, *prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros*, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: *imputación* donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de *extensión de responsabilidad* a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél (...).” Cita a la jurisprudencia norteamericana: “son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir. Nos. 12-1351,

(31) AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i), *Almacén de Derecho*, 17 de noviembre de 2015.

12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria 'to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation'."

El abuso en esos casos, como también en la sociedad con biplurilateralidad constitutiva y funcional, permite aplicar el sistema de la llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica" –que en forma alguna afecta a la persona jurídica-, permitiendo imputar o responsabilizar a los abusadores (socios o controlantes)³². La personalidad jurídica subsiste salvo supuestos de sociedad ficticia o confusión patrimonial absoluta que impondría liquidación y responsabilidad. El instituto sólo altera las reglas de imputación y/o de responsabilidad. Imputación cuando se trata de soslayar el cumplimiento de una obligación, y responsabilidad cuando se trate de reparar un daño³³. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión *disregard of the legal entity*³⁴. La expresión "descorrer el velo", usado técnica y popularmente, es superadora.

En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que

(32) Inf. España, p. 102: III.6. Una consecuencia de la "regularidad" de la persona jurídica: los "límites" de la personalidad ficta y el "levantamiento del velo". III.6.1. *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica e interpretación teleológica de las normas que tutelan el reconocimiento de la personalidad*. A la vista de todas las circunstancias expuestas, parece evidente que la personalidad jurídica solamente puede concebirse como algo externo, ficticio y esencialmente dotado de límites intrínsecos, de forma que no pueda prevalecer sobre la Persona Humana, en aquéllos casos en los que o bien no conviene llevar a cabo esa referida unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y "separada" de relaciones jurídicas (...) o bien, alternativamente, (...) emprendiendo una lucha contra aquellos supuestos de "deformación" de la Personalidad jurídica, que ha sido "utilizada para fines que el Ordenamiento no puede, o mejor dicho, no debe proteger".

(33) RICHARD, Efrain.Hugo. "Inoponibilidad de la persona jurídica. Imputabilidad y Responsabilidad", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2008-3, pp. 191-246.

(34) La Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990, sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada (...). A criterio de la Corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. *Corporate Veil Cannot Be Pierced To impose Superfund Liability On Parent, in Securities Regulation, Law Reports*, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. Consideramos que el abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

Nuevos horizontes se plantean a través de las prácticas grupales generando fondos operativos comunes y de administración centralizada o descentralizada -*cash pooling*-³⁵, cuyo uso indebido puede dar lugar a impugnables modalidades de *leverag buy out* o apalancamiento financiero.

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

Sobre personalidad, responsabilidad y sociedad de un solo socio aconsejamos asistirse con la lectura del libro de Daniel Roque Vitolo de reciente aparición intitulado *Las sociedades unipersonales en el derecho privado*³⁶, donde agota la cuestión.

3.5. Clasificación de las personas jurídicas. públicas y privadas. Delimitación de las privadas. El consorcio de propietarios

SECCIÓN 2ª. Clasificación.

(35) VALDÉS PONS, Silvia. *El contrato de cash pooling en los grupos de sociedades. Aspectos contractuales, societarios y concursales*, Ed. Aranzadi, Thompson Reuters, Pamplona, España, 2021.

(36) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2021. El autor tiene a bien dedicarnos el libro y luego, reiterando, el prólogo de su tesis doctoral en la Universidad Nacional de Córdoba -2019- apunta al rol que desempeñamos como Directores.

ARTICULO 145. *Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas (...)*³⁷

ARTICULO 146. *PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. Son personas jurídicas públicas:*

- a) *El Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter.*
- b) *Los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable.*
- c) *La Iglesia Católica.*

ARTICULO 147. *Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia por las leyes y ordenamientos de su constitución.*

ARTICULO 148. *Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles, c) las simples asociaciones, d) las fundaciones, e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.*

Se advierte el efecto omnicompreensivo ante la continua aparición de nuevas manifestaciones de centros de imputación personificados. Al elenco del derogado art. 33 CC se agregan las simples asociaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal y toda otra contemplada en este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Nos permitimos apuntar que la calidad de persona jurídica deberá ser expresa y no presumida de su finalidad y normas de funcionamiento.

La personificación no tiene una base realista u ontológica, sino exclusivamente normativa en orden a las personas jurídicas privadas. Véase como se omite al fideicomiso y se introduce el consorcio como tal, lo que ha generado algunas perplejidades.

La conceptualización sobre la persona jurídica es tema que requiere la adecuada comprensión de las relaciones de organización asociativas como género propio de la cooperación y colaboración y, dentro de ellas la tipicidad de la sociedad como persona jurídica³⁸.

La cuestión central sigue estando alrededor de las manifestaciones jurídicas que permiten predicar la existencia de un centro de imputación diferenciado, con simplificación de relaciones, determinando cuándo hay personalidad y los rasgos

(37) Recuérdese lo que hemos analizado al referirnos al art. 144 CCC.

(38) RICHARD, Efraín Hugo. "Notas en torno a personalidad jurídica", cit., p. 407.

que la definen, con el objetivo de atender al marco normativo de cada país³⁹. Se parte del concepto de sujeto de derecho que es aquel a quien la ley reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sean individuales o colectivos, como técnica legal de simplificarlas.

El pensamiento se inclina hacia el reconocimiento normativo, y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para configurar la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de técnica jurídica y concreción legislativa⁴⁰. Nos hemos ocupado⁴¹ sobre la personalidad como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad jurídica.

Podríamos señalar que doctrinariamente “parece” más persona jurídica un fideicomiso que un consorcio de propietarios. Cuál es el patrimonio de esta nueva persona jurídica -debatida antes en doctrina y jurisprudencia-, los bienes registrables son de los propietarios -salvo que se hubiera separado a nombre del consorcio el departamento del portero o locales de renta-, pero el único bien es dinerario: las expensas comunes, inclusive las extraordinarias que se impongan para satisfacer pasivos contractuales o extracontractuales.

“ARTICULO 149. Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto

(39) JUNYENT BAS, Francisco Alberto - RICHARD, Efraín Hugo “Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”, en libro colectivo *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009 (4 tomos) tomo 1 p. 455, y “Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios),” en *Temas de Derecho societario vivo* de AAVV, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, p. 105 y ss.

(40) El informe oficial en ese Congreso de Academias lo referimos como “Inf. España”. P.74: Ahora bien; en todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “*ser persona*” y “*tener personalidad*”; distinción que -entre otros aspectos- trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “*tiene*”, nunca es algo *inmanente* al ente de quien se predica.

(41) RICHARD, Efraín Hugo. “Persona jurídica y tipicidad”, Ponencia a las Jornadas nacionales sobre la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, Buenos Aires, 1986; “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado,” en *Conferencia internacional sobre la unificación del derecho privado argentino*, San Miguel de Tucumán, 1987; “Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes en el derecho argentino”, *Rev. de derecho mercantil*, nos. 193-194, Madrid, 1989; “Personalidad jurídica y concepto de sociedad” y “la contraposición contractual entre persona jurídica y persona física del proyecto de unificación, comunicaciones a las III Jornadas de derecho civil y comercial de La Pampa, abril de 1991 (Comisión I sobre personalidad jurídica);” “La persona jurídica en la evolución contemporánea en separata de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, p. 81 y ss., “La personalidad jurídica en las sociedades comerciales ponencia a las XII Jornadas nacionales de derecho civil, Bariloche, 1989.

pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

No hace sino reconocer lo que hoy resulta de las normas de la sociedad con participación estatal o de las sociedades resultantes de las privatizaciones del año 90 que contenían ciertas previsiones sobre el rol del Estado, que paradójicamente no fueron usadas para asegurar el normal funcionamiento de esas sociedades, o el fenómeno de las participaciones de ANSES -al eliminarse la privatización de los fondos de retiro- que generó no pocos conflictos en torno a asientos en el directorio o reparto de utilidades.

Son a su vez las sociedades de economía mixta. La norma permitiría interesantes desarrollos de políticas de estado eficientes, pues su aplicación hasta ahora ha dado lugar a actuaciones ineficientes cuando no ilícitas.

Impone el recuerdo del Dto. 196/2015 que referimos al tratar la inoponibilidad.

III.6. Orden normativo

ARTICULO 150. *Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.*

Esta norma es la clave de bóveda de la integración del sistema de crisis de las sociedades, desnaturalizado por la costumbre *contra legem* de los procesos concursales de sociedades, donde se transfiere la obligación de los socios de soportar las pérdidas a los acreedores.

Dos referencias importantísimas. Lo primero es que reconoce expresamente el contenido de normas imperativas en la ley especial, anticipando nuestro criterio que son todas aquellas -incluso en este régimen general- que tutelan los derechos de terceros, de la propia sociedad y de los socios, frente a acciones de administradores o mayorías permanentes u ocasionales. En tal sentido las que aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, con activo suficiente para satisfacer el pasivo -que es la llamada función de garantía del capital social, aunque quizá deberíamos hablar de infrapatrimonialización-⁴².

(42) “El capital social -como está planteado en la LSC- es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que, si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado (...)”.

Por otra parte, hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades⁴³, poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicios.

Esta norma es fundamental para determinar las normas aplicables. La ley específica con sus normas imperativas no puede ser soslayada, salvo expresas modificaciones. A nuestro entender viene en aclarar la preminencia, por ejemplo, en caso de concurso de sociedades, de las normas de la LGS sobre las de la LCQ. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades.

Se ha cuestionado la expresión “en su defecto”, pero la misma permite interpretar a qué socios refiere la responsabilidad marcada por el art. 99 LGS, que es debidamente aclarada en el art. 167 *in fine* CCC que relacionaremos.

A su vez, sirve para integrar el art. 54 *ter* LGS con el 144 CCC como sostuvimos.

Las normas imperativas de LGS y del CCC en su totalidad no pueden ser modificadas, hacen particularmente a la tipificación de la relación societaria y a las normas de responsabilidad frente a terceros. Ninguna norma de otra ley puede dejarlas sin efecto o alterarlas.

3.7. Previsiones exclusivas para persona jurídica privada. su identificación

“SECCION 3ª. Persona jurídica privada...”

Parágrafo 1. Atributos y efectos de la personalidad jurídica.

ARTÍCULO 151. *Nombre. La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia.*

El nombre debe satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica.

No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres, ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica. La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de persona humana requiere la conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales.

El nombre es fundamental para facilitar la imputación de actos a una sociedad, aunque no concluyente por la posibilidad de similares incluso iguales nombres

CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa “Victor Carballude SRL sobre quiebra, que consideramos más extensamente más adelante.

(43) RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a personalidad jurídica”, en *Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, cit., p. 407.

en distintas Provincias, lo que aconseja que existiera un único Registro de base informática de fácil consulta general, aunque se mantuviera el anacrónico pero constitucional de registros provinciales.

Es un tema en relación a la sociedad de hecho, que si hubiera actuado legalmente debería identificar en la CUIT.

ARTÍCULO 152. *Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto puede ser resuelto por el órgano de administración.*

ARTÍCULO 153. *Alcance del domicilio. Notificaciones. Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta.*

Nos hemos referido ya a las sociedades no inscriptas, que teóricamente deberían reconocerse en el acto de realizar negocios jurídicos con la misma, conforme disponen los arts. 21 y ss. LGS, y conforme a ello establecer el domicilio, eventualmente el especial, para practicar notificaciones y cumplir el negocio.

3.8. Patrimonio y duración

ARTÍCULO 154. *Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio.*

La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrales.

El punto se conecta con el art. 38 LGS y la inscripción directa a nombre de la sociedad, lo que ha dado lugar a discusiones doctrinales y problemas operativos, que se habrían solucionado en la nueva normativa de la sección IV de la LGS, respetando la escisión patrimonial.

La personalidad es una cualidad jurídica -una ficción legal⁴⁴-, que requiere un sustrato real⁴⁵ -previsto por la norma-, pues ninguna cualidad puede existir por sí

(44) Inf. España, p. 27 (...) tampoco se puede sostener que la Persona Jurídica sea una simple ficción, o mejor dicho, y- para ser más precisos- que sea una simple ficción "verbal". Ciertamente, la Persona Jurídica es una ficción, pero se trata de una verdadera ficción "jurídica", y no un mero "flatus vocis"; no se trata de un simple mudar las palabras, para describir un mismo fenómeno. Muy por el contrario, si una ficción jurídica es la noción que designa el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ministerio de la Ley, "se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica", entonces no cabe la menor duda de que esto es lo que sucede con la Persona Jurídica; con la personalidad jurídica de Derecho privado, de las sociedades y fundaciones mercantiles (...) y -sobre todo- dotado de una propia aptitud para ser centro de imputación de relaciones jurídicas.

(45) Como lo expresa la exposición de motivos adhiriendo a la tesis de la realidad jurídica: "Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que

misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia. Lo real aquí es el sustrato: una escisión patrimonial derivada de una persona física o jurídica por su decisión de organización conforme un ente personificado por ley.

Comparando fundación y fideicomiso se advierten las posibilidades de los recursos técnicos “personificar” o “patrimonializar”, que corresponden a una decisión de política jurídica, ajena a cuestiones ontológicas. Para el derecho privado patrimonial negocial, el legislador de cada país ha generado un cierto catálogo para las relaciones de organización -con cierta inteligencia- para cuando el negocio deba tener ciertos efectos respecto de terceros. Si bien puede ser distinto para cada país, guarda cierta lógica conforme a la complejidad de la organización o negocio que se intente. La autonomía de la voluntad de quienes formalizan la organización les permite elegir el tipo de estructura que viene dotada o no de personalidad jurídica. Se atiende así a aquellas relaciones⁴⁶, en cuanto exista un patrimonio individualizado -elemento real- afectado a una actividad y centro de relaciones múltiples, capaz de generar beneficios, pero también pasivos.

El centro imputativo se genera a través de técnicas de personificación o patrimonialización. El fideicomiso genera límites a la imputabilidad⁴⁷ formando un patrimonio especial, sólo alcanzado por las obligaciones que para su administración y

ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de este modo, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es no una ficción de la ley reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone (...). Lo expresado justifica el mantenimiento del precepto aun ante el nuevo texto del art. 39 del Código Civil (...).”

(46) Inf. España, p. 48: Y si, de acuerdo con el R.A.E., “organización” significa tanto la “acción y efecto de organizar u organizarse” [¡qué forma verbal reflexiva tan sugerente!], como “conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado”. Y si -a su vez- “organizar” significa “establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados”, o bien “disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado”, resulta obvio que las normas que componen el Derecho de sociedades se muestran, primeramente, como reglas al servicio de una técnica de organización -o de “organizaciones”, por lo general, legalmente predisuestas-, tanto en el plano externo; empresarial, e incluso supraempresarial [así lo demuestra el régimen jurídico de los grupos de sociedades, y, en general, el régimen de la concentración económica], como interno. En este sentido, el Derecho de sociedades pretende -ante todo- proporcionar pautas para la conformación de *organismos* jurídicos -que son también, al mismo tiempo, unidades económicas productivas- (...). El Derecho de sociedades posee un evidente sentido instrumental: constituye un instrumento al servicio de los particulares, cuyo sentido es el de potenciar y ampliar las actividades económicas individuales, lo cual -en mi opinión- también se da en el caso de las sociedades unipersonales.

(47) BONO, Gustavo Alejandro. “Fideicomiso”, en *Ley 24.441*. Alveroni, Córdoba, p. 12 y ss., especialmente, p. 27.

explotación contraiga el fiduciario⁴⁸. No generaría efectos disímiles el uso del recurso técnico de la personificación. Fuentes, y particularmente el derecho más moderno considera a los patrimonios autónomos como “una masa de bienes afectados a un fin determinado e investido de personalidad jurídica”⁴⁹. Será fruto de una concepción dogmática que se recurra al patrimonio de afectación, disgregándolo de su titular (fideicomiso) o se cree un ente distinto a fin de afectar determinados bienes a un fin (fundación). La fundación alcanza ciertas características similares a las del fideicomiso por falta de contenido humano, con afectación de bienes para un fin, pero con técnica de personificación⁵⁰.

Correlativamente en el Título 3 “Bienes”, su capítulo 2 destinado a la “Función de garantía” en su art. 242 regla “Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores (...)”.

El punto conecta a su vez con el capital social fundacional, que de no establecer la ley un “capital mínimo”, debería quedar a la discreción de los fundadores, bajo el riesgo de ser responsabilizados si constitutivamente o *a posteriori* la sociedad quedara infrapatrimonializada y generara daño a terceros.

ARTÍCULO 155. *Duración. La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario.*

Las sociedades deben ser a plazo de duración, a cuyo término se genera una causal de disolución, removible por acuerdo de socios. Las sociedades simples del art. 21 y ss. LGS tienen un procedimiento expreso para salvar esa situación.

Pero aún en el caso de vencimiento del plazo debemos recordar que la persona jurídica se extingue cuando se han satisfecho todas sus obligaciones, activas y pasivas.

ARTÍCULO 156. *Objeto. El objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado.*

Se ha intentado vincular el objeto a la capacidad de la persona jurídica, pero lo hemos limitado a un problema de legitimación, vinculado al art. 59 LGS. Los estatutos sociales suelen hacer largas enumeraciones como si se refirieran al objeto social, cuando en realidad es una enumeración normalmente inoficiosa de actividades

(48) Solución adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: arts. 14 primera parte y 15 ley argentina n° 24441, arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2 Ley de Fideicomisos de Venezuela.

(49) Arts. 80 a 89 del B.G.B. A su vez el Código Civil de Quebec de 1991 acepta bienes objeto de “una afectación”, título VI del libro IV “Ciertos patrimonios de afectación, en dos capítulos que tratan respectivamente de la fundación y del fideicomiso.

(50) Fundación “Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas”, definición de Ennecerus que recuerda BUSSO, Eduardo. *Código Civil Anotado*, Buenos Aires 1944, tomo I, p. 228.

que puede realizar la representación orgánica. A su vez el tema se vincula a si esa precisión y determinación excluyen la posibilidad de objeto plural, inclinándonos por su permisión al no existir una norma impeditiva.

3.9. Sobre la funcionalidad

Parágrafo 2° Funcionamiento.

ARTICULO 157. *Modificaciones del Estatuto. El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezcan.*

La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de esta, excepto que el tercero la conozca.

ARTICULO 158. *Gobierno, Administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.*

En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:

- a) Si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el Presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.*
- b) Los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.*

Se advertirá que no exige unanimidad en las decisiones sino en la formulación del orden del día, lo que configura la asamblea general del derecho comparado. Acepta la reunión a distancia, la autoconvocación, discutida en el derecho societario y que en más debe ser aceptada conforme al principio del art. 150 CCC.

Se trata nada menos de la decisión de todos los que componen el órgano de gobierno, cuya voluntad intentaría ser enervada por el órgano de gobierno, incluso para evitar ser removido.

En cuanto a la diferencia entre decisiones unánimes autorizadas en este régimen especial por la LGS, y la del CCC de existir ese consenso sólo para determinar el orden del día, la prolijidad formal debe llevar a que quede expresada claramente en el acta la decisión unánime sobre los puntos a tratar con la aceptación de que ellos puedan ser resueltos por las mayorías correspondientes. La teoría de los actos propios disipa cualquier cuestionamiento posterior a lo resuelto, donde obviamente se debe asegurar el debate ante criterios contrapuestos.

ARTICULO 159. *Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. – No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. – Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.*

ARTÍCULO 160. *Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.*

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica. Los arts. 159 y 160 CCC son congruentes con los arts. 58 y 59 LGS⁵¹, y en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica privada. Fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, en forma similar a lo previsto en el derogado art. 43 CC, derivado ello de acciones u omisiones del deber de lealtad y de la diligencia con que debe ejercitar sus funciones ante la falta de voluntad propia al tratarse de una persona jurídica.

El art. 358 CCC tipifica la representación orgánica como aquella que corresponde a una persona jurídica. Los órganos son *“aquellas personas físicas o aquella pluralidad de éstas a las que la ley facultad para decidir sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad para desenvolver en general la actividad de ésta”*⁵².

Se delimita así la responsabilidad hacia quienes ejercen la representación orgánica de las personas jurídicas, forjada en la lealtad y diligencia, y cuya omisión genera responsabilidad, fundada en los referidos artículos 159 y 160 CCC, equivalentes a los arts. 58 y 59 LS.

La legislación impositiva deriva responsabilidad a los órganos de administración y fiscalización por las obligaciones fiscales de la persona jurídica, conforme arts. 6, 7 y 8 de la ley 11683, imponiéndoles una atípica solidaridad, obligados a pagar los tributos de la misma con los fondos que administran, perciban o que dispongan, liberándose sólo si acreditan que no dispusieron de dichos fondos. El art. 143 CCC

(51) RICHARD – MUIÑO, *Derecho Societario*, cit.

(52) GARRIGUEZ, Joaquín – URÍA, Rodrigo. Comentarios a la ley de sociedades anónimas, tomo I, Madrid 1953, p. 498; BARREIRO, Marcelo C. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en DUPRAT, D.A.J. (Dir.) *Tratado de los conflictos societarios*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, tomo I p. 159.

impone una reflexión sobre el ejercicio de esas acciones cuando la sociedad esta patrimonialmente bien dotada para satisfacer esas obligaciones.

Sobre la responsabilidad de administradores volveremos al referirnos a causales de disolución, liquidación y viabilidad económica de la sociedad, al deber de prevenir el daño.

ARTICULO 161. *Obstáculos que impiden adoptar decisiones. Si como consecuencia de la oposición u omisiones sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:*

- a) *El presidente, o algunos de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;*
- b) *Los actos de ejecución deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;*
- c) *La asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios también puede remover al administrador.*

Se advertirá que las facultades se conceden al Presidente o a la minoría, y la convocatoria a asamblea puede ser vinculada al art. 158 CCC.

ARTICULO 162. *Transformación. Fusión. Escisión. Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial.*

En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto.

Se advertirá la referencia a la ley especial, congruente con el art. 150 CCC.

III.10. De causales de disolución y liquidación

“Parágrafo 3°. Disolución. Liquidación.

ARTICULO 163. *Causales. La persona jurídica se disuelve por:*

- a) *La decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por los estatutos o disposición especial,*
- b) *El cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia*
- c) *la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;*
- d) *el vencimiento del plazo;*

- e) *la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo o si la ley especial prevé un régimen distinto;*
- f) *la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusiona o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio;*
- g) *la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses,*
- h) *la denegación o revocación firmes de la autorización estatal para funcionar cuando esta sea requerida;*
- i) *el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;*
- j) *cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de la ley especial.*

Estas disposiciones específicas sobre disolución se establecen tanto para respetar la autonomía de la voluntad, como las previsiones de control estatal y particularmente como forma de resguardar los intereses de terceros, mediante la protección del patrimonio de la sociedad como elemento real para satisfacer los pasivos, con cierta similitud a las previsiones legales de LGS que protegen a los terceros intentando evitar que la actividad de la persona jurídica pueda provocar daño, manteniendo su consistencia patrimonial.

Es congruente con las actuales disposiciones sobre causales de disolución de sociedades de pérdida del capital social -que es opinable si hoy se mantendría suspendida- o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, el CCC genera una causal de disolución: “Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerla”, imponiendo adoptar medidas para evitar el daño por el uso del instrumento técnico organizativo. Son causales que intentan prevenir el daño por insolvencia o sea por infrapatrimonialización.

Las personas jurídicas deben liquidarse antes de entrar en insolvencia. Sin embargo, no hay diferencia sustancial con el art. 94.4 LGS sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, y la integración con la nueva disposición del art. 100 LGS sobre la “viabilidad económica y social” de la actividad.

Esos aspectos que tienen cierta diferencia gramatical con el sistema de disolución y liquidación con la LGS, resultan de los incs. c, e, i, pero los efectos deberían ser similares.

Debemos remarcar el equilibrio del sistema de la LGS que no es desnaturalizado en el CCC: la constatación de causales de disolución no genera el inicio de la etapa

de liquidación, sino que alertan sobre responsabilidad a los administradores -art. 99 LGS y 167 CCC-. Esa interpretación parece aceptada en el art. 166 CCC.

El inc. g. hace referencia a la unipersonalidad, hoy superada en la LGS. La sociedad generada por declaración unilateral de voluntad⁵³ tiene el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades⁵⁴, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma. Angel Rojo en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en 1992, expresaba que la batalla doctrinal sobre la declaración de voluntad unipersonal constitutiva de sociedades estaba perdida, y que ahora se enfrentaba el de la responsabilidad limitada.⁵⁵

ARTICULO 164. *Revocación de la autorización estatal. La revocación de la autorización estatal debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento.*

La revocación debe disponerse por resolución fundada y conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica. La resolución es apelable, pudiendo el juez disponer la suspensión provisional a sus efectos.

La sanción debe resultar de la actividad ilícita que desenvuelve la persona jurídica autorizada, en su caso una sociedad que opera oficialmente como banco. La resolución administrativa fundada debe garantizar el derecho de defensa, apelable judicialmente, pudiendo fijar esta autoridad el carácter suspensivo del recurso.

Tiene cierta vinculación con el art. 19 LGS que sanciona la actividad ilícita de la sociedad con objeto lícito, adaptable de oficio ante la gravedad de los actos,

(53) Aceptada hoy en la escisión, aunque parecería que de inmediato debe generarse la participación de otro socio, lo que importa una respuesta dogmática, pues nada se opone a la continuidad con un solo socio, sin perjuicio de responsabilidades. RICHARD, Efraín Hugo. "En torno a la sociedad unipersonal", en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande 1992, Actas tomo I, p. 273.

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

(55) RICHARD, Efraín Hugo. "La limitada responsabilidad mancomunada para los socios de la simple sociedad en la ley general de sociedades", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.C., Vol. VII, N° 1 (2016) pp. 21-42.

pero que sin duda también debe respetar el derecho de defensa ejercitable por vía de apelación⁵⁶. Es una norma poco tratada de evidente evidencia, pues genera responsabilidad de los socios, salvo los que acrediten buena fe, en caso de déficit liquidatorio, y en caso de patrimonio positivo la extinción de dominio con pérdida de la cuota de liquidación.

Este art. 164 se refiere a la revocación prevista en el inc. h. del art. 163 CCC.

ARTÍCULO 165. *“PRÓRROGA. El plazo determinado de duración de las personas jurídicas puede ser prorrogado. Se requiere:*

- a) decisión de sus miembros, adoptada de acuerdo con la previsión legal o estatutaria;*
- b) presentación ante la autoridad de contralor que corresponda, antes del vencimiento del plazo.*

Este artículo autoriza la prórroga en forma similar a la LGS. El CCC no impone la fijación de plazos, pero si la LGS, pero esta norma es similar al actual art. 95 LGS “Prórroga. Requisitos. La prórroga de la sociedad requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada. – La prórroga debe resolverse y la inscripción solicitarse antes del vencimiento del plazo de duración de la sociedad (...)”, refiriéndose luego a la reconducción.

ARTÍCULO 166. *RECONDUCCIÓN. “La persona jurídica puede ser reconducida mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causal de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley”.*

Se aproxima así a la LGS, al aparecer un atisbo de la diferencia entre causal de disolución y liquidación. Por otra parte, la personalidad jurídica no se agota mientras no se extingan todas las obligaciones activas y pasivas que ha generado.

En las sociedades un tema a introducir es la referida viabilidad económica y social del art. 100 LGS.

El art. 95 LGS en su segunda parte determina “(...) Reconducción. Con sujeción a los requisitos del primer párrafo puede acordarse la reconducción mientras no se haya inscripto el nombramiento del liquidador, sin perjuicio del mantenimiento de las responsabilidades dispuestos por el artículo 99. - Todo ulterior acuerdo de reconducción debe adoptarse por unanimidad, sin distinción de tipos”.

Adviértase que se resguarda, frente a las decisiones internas, los derechos de terceros, manteniendo la responsabilidad prevista en el art. 99 LGS -que después

(56) RICHARD, Efraín H. “Un fallo imperdible sobre actividad financiera ilícita (*off shore* mediante) y cuestiones periféricas”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ed. Fidas, año 8, 2017-2 2, Buenos Aires, agosto 2017, p. 105.

ampliaremos- y que se repite en el nuevo art. 100 LGS. Una clara advertencia a administradores y a los socios de control para evitar que se genere daños o los mismos se incrementen.

ARTICULO 167 *“Liquidación y responsabilidades. Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.*

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.

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”.

Es coherente sobre ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo *“La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”*, y el último párrafo: *“En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”*. El Anteproyecto de 2019 LGS corrige el art. 99, integrándolo con esa expresión del art. 167 *in fine* CCC.

Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado⁵⁷.

La temática de la insuficiencia de los bienes del activo para satisfacer todas las obligaciones, incluso las fiscales, impone dos visiones: la concursal y la responsabilizatoria.

Como es advertible las responsabilidades que señala el art. 167 CCC no se limitan a la de administradores, sino que se extiende al grupo de socios de control, dando precisión conforme al art. 150 CCC a la responsabilidad de socios prevista en el art. 99

El CCC no marca con nitidez las etapas de la LGS: a) existencia de causal de disolución, b) sin poner plazos para afrontarlas apunta las opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS generando eventualmente responsabilidades, y c) abre etapa de liquidación por resoluciones formales.

(57) RICHARD, Efraín Hugo. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades. De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 663.

Ante lo expresado, parece fundamental distinguir entre disolución, como causal, de liquidación como etapa conclusiva de las relaciones jurídicas de la persona sociedad.

Colombres anota que “la disolución es un *“prius”*, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que la ley o el contrato social prevén”⁵⁸.

Retomamos expresiones formuladas con el Prof. Dr. Orlando Manuel Muiño en *Derecho Societario*. Podemos recordar que se ha dicho que “se producirá la disolución al término del negocio en virtud del cual las partes formalizaron el contrato de sociedad”⁵⁹, advirtiendo que esa cita es suficientemente representativa de toda la moderna doctrina sobre el tema de la disolución de sociedades, en particular porque la disolución y liquidación de sociedades es la forma de extinción de esa persona jurídica.

En primer lugar, la temática está ligada a la historia de las sociedades, esta historia tan vinculada al otorgamiento de la personalidad como acto del príncipe, no reconociendo la autonomía de la voluntad como generadora de un centro de imputación de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, la extinción aparecía como la posibilidad de que un rayo se descargara sobre la sociedad y ésta desapareciera, lo que está descartado por el art. 101 de la LSC⁶⁰.

El segundo problema se puede suscitar en orden a una inteligencia del tema relativo a la concepción de los términos, es decir, a la terminología a usar. La referencia a “disolución”, en derecho societario, lleva a acepciones distintas, según sea el sistema de derecho de que se trate. En el anglosajón equivale al momento extintivo de la sociedad⁶¹; en el continental europeo -en el que se enrola la legislación argentina- es un *prius*, a la etapa liquidatoria, esto es, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que prevén la ley o el estatuto.

(58) COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 197.

(59) RICHARD, Efraín Hugo. “Disolución y liquidación de sociedades”, en *Derechos y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982, p. 215.

(60) La atribución de personalidad negada a las sociedades personalistas, a la sociedad irregular y, de hecho, reconocida sólo por alguna jurisprudencia o por alguna doctrina francesa, es ahora reconocida exclusivamente para la liquidación en las sociedades de hecho por la reforma del año 1978 del Código Civil francés.

(61) En el derecho anglosajón, el proceso liquidativo viene primero y la disolución (por extinción) después, y dentro del derecho continental se registra la misma estructura de nuestra ley de sociedades: disolución y liquidación.

Creemos que hay etapas, escalonadas en orden temporal, conexas por causalidad, pero no necesarias entre sí, y deben diferenciarse claramente esas etapas⁶².

La primera etapa, más que de disolución, es de constatación de causal de disolución. La segunda es la liquidación de las relaciones jurídicas creadas, etapa posterior a la detección de la causal de disolución, como proceso liquidatorio de las relaciones jurídicas creadas por la sociedad respecto a terceros y por el estatuto o contrato social en el ámbito interno. Es la extinción de los derechos y obligaciones que gravan el patrimonio social; es la desvinculación del patrimonio social de los derechos y obligaciones. La tercera, subrayada particularmente, es la extinción de la sociedad como disolución en sentido estricto⁶³. Esta tercera etapa es centrada en general, por la doctrina y la legislación comparada, en el registro o la toma de razón de esa extinción, en la cancelación de la matrícula de la sociedad y en la extinción total de su patrimonio.

Desde nuestro punto de vista no existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución, y entendemos que la constatación de ésta sólo crea una modificación de la organización societaria, particularmente en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño a los acreedores. En efecto, la sociedad puede seguir actuando, con un mero agravamiento de responsabilidad (art. 99, LGS).

IV. Relaciones de organización no personificadas

Sobre figuras asociativas no personificadas por la ley se afirma -desde un dogmatismo supuestamente realista- que pese a la disposición normativa argentina determinando que no son sujetos de derecho (UTE, ACE, consorcio de cooperación y sociedad accidental), la ley impositiva les ha impuesto tal calidad. Apuntamos que tal personificación por la legislación tributaria de UTE, AC y Consorcio es para el supuesto que las mismas actúen como sujeto de derecho, y por atipicidad funcional y exorbitación de la representación de los partícipes generando la existencia de un sujeto societario atípico. Sí puede haber responsables por deuda ajena⁶⁴. El problema

(62) Ellas fueron muy bien definidas en CÁMARA, Héctor, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, donde, pese a los años transcurridos y corresponder a una legislación ya superada, mantiene su actualidad.

(63) SOTGIA, S. *La liquidazione della società commerciale*, p. 54, donde rechaza que la empresa en liquidación sufra modificación alguna en su capacidad; la limitación legal al poder del órgano no constituye incapacidad de obrar; por otra parte, no hay restricción alguna a la capacidad del sujeto.

(64) La atribución de sujetos de impuestos a las ganancias o IVA de UTEs, ACs y Consorcios de Cooperación, lo es -eventualmente- como "contribuyentes". Desde un punto de vista estrictamente tributario y técnico, lo que hace nacer la obligación tributaria es el "hecho imponible". Frente a su acaecimiento, la ley tributaria analiza a quien atribuirlo. De allí que puedan ser designados como "contribuyentes" personas físicas incapaces, fenómenos asociativos (o figuras contractuales) sin personalidad jurídica. Por ello se crea la figura del "Responsable por Deuda Ajena", donde lo que se hace es desplazar la responsabilidad por los deberes formales y materiales inherentes al sujeto

más grave no es el de responsabilidad sino la alteración de centros de imputación respecto de terceros: los acreedores individuales de los supuestos socios. La regulación cuidadosa desde el art. 1442 y ss. del CCC nos exime de otro comentario⁶⁵.

Nos hemos expresado en torno a la exorbitación de la organización de contratos asociativos, donde la representación voluntaria se ejercita como representación orgánica, interfiriendo la labor de los miembros, incluso sociedades, lo que puede llevar a considerar la existencia de personalidad y la asunción de responsabilidad por parte de sus representantes. La realidad califica los contratos, pero los contratos asociativos están normados para no constituir centro de imputación personificado sino una relación de organización para perfeccionar la actividad de sus partícipes.

V. Sobre responsabilidad

A referencias genéricas efectuadas agregamos referencias específicas.

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación⁶⁶, o aun a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho⁶⁷.

La responsabilidad directa de la persona jurídica es consecuencia de su naturaleza, estructura y atributos esenciales, que se centran en el *patrimonio* (art. 143 CCC).

contribuyente hacia otra persona que tiene capacidad de determinar la deuda tributaria, pagarla y cumplir con deberes formales. Esa responsabilidad fiscal es otra cosa.

(65) Se refiere a esa normativa el profesor chileno Oscar TORRES ZAGAL en su reciente libro *Sociedades Comerciales*, 7ª. Edición, Thompson Reuter, Santiago, 2021, p. 25.

(66) El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. Nto. "Patrimonio y capital social", p. 103 y ss. -especialmente a p. 106- en el libro *Derecho y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: Nto. *Sociedad en gestación: Su calificación jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre 2008; n° 11 p. 1243, *Jurisprudencia anotada*.

(67) URIA, *Derecho Mercantil* cit., p. 99.

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

En una de las manifestaciones más clásicas de la personalidad, el de las sociedades, el derecho especial de la LGS protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución “pérdida total del capital social” o similares, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁶⁸, con “una función *preconcursal* o *paraconcursal*”⁶⁹ ante la infrapatrimonialización que se avizora o producida.

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

- a) En forma alguna se agrava la responsabilidad del accionista mero inversor. La responsabilidad se genera por culpa omisiva o por actos lesivos.
- b) La Sección 3ª sobre “Persona Jurídica Privada”, en el art. 154, impone: “La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables”.
- c) Luego, en el art. 163 CCC, determina como causal de disolución “c)”, la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir el objeto social, o “i)” “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, y congruentemente, al referirse a la liquidación autoriza la “reconducción” en el art. 166 “mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causa de su disolución pueda ser removida por decisión de los miembros (...)”, en el caso que nos ocupa de falta de patrimonio, por la reintegración del mismo o capitalización por algún modo⁷⁰.
- d) Las expresas previsiones de los párrafos primero y segundo del art. 54 LGS, a los que en el año 1983 se le agregó el tercer párrafo sobre “inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

(68) URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución” cit., p. 1001 (en *Curso de Derecho mercantil* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves”, pp. 1009 - 1013.

(69) Díez ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, 2006, p. 387, considerándola también como anticoncursal.

(70) RICHARD, Efraín H. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (...)”, cit.

Para evitar asumir responsabilidad “la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*”⁷¹. Es la previsión genérica del art. 94.5 LGS, tomada por los dos artículos que acabamos de poner de resalto. Ante la posibilidad de que se mantenga suspendida la causal del art. 94.4. LGS sigue vigente la prevista en el art. 94.4. interpretada conforme el art. 100 LGS, y las opciones imperativas del art. 96 LGS para removerlas.

Justamente el art. 167 CCC, congruente con el art. 99 LGS, impone que la liquidación “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, previendo responsabilidad de administradores y miembros que omitieron diligencia.

La cuestión se califica ante la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación, que podría derivar en la quiebra de la misma.

Se viola la norma imperativa de tutela de los terceros cuando ante la pérdida del capital social –patrimonio neto negativo, evidenciada en la aprobación de un balance quedando exteriorizada la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS -hoy aparentemente suspendida, pero sin claridad-, aunque no la similar del art. 94.4., permitiendo la viabilidad a través de las opciones que otorga el art. 96 LGS, en ambos casos por decisión del órgano de gobierno. Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

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

Cabe apuntar, como señalaba ya hace tiempo Mariano Gagliardo⁷²: “*la naturaleza de la acción del artículo 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la ley de sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acu-*

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

(72) GAGLIARDO, Mariano. “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, p. 1058.

mulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente". Obviamente ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además de las que autoriza la LGS o el CCC. Específicamente por no haber prevenido el daño en la función de preconcursalidad, que resulta del art. 99 LGS, además de los integrantes del órgano de administración a la responsabilidad, ¿a qué socios se refiere? Para resolver la aparente incógnita cabe recurrir a la remisión "en su defecto" del art. 150 CCC y encontrar en el art. 167 *in fine* CCC la respuesta: los socios que por acción u omisión no adoptaron las medidas previstas para evitar el daño o su agravación. Sin duda no se altera la irresponsabilidad del mero inversor, sino del socio que actúa con culpa por acción u omisión.

De la investigación postdoctoral de Vitolo extraemos una apreciación que pareciera de *lege ferenda*, pero que consideramos de *lege lata*⁷³ "(xiii) Debe establecerse la obligación para socios y administradores de controlar la evolución equilibrada del patrimonio social -entendido éste en su faz activa de bienes y disponibilidades financiera, unidas a la capacidad de pago y de cumplimiento regular de obligaciones en flujos proyectados- en relación con el giro societario y el endeudamiento, bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios que pueda causar un desequilibrio significativo generado en tal ámbito como consecuencia de conductas u omisiones dolosas". Sobre este punto veremos jurisprudencia nacional.

El patrimonio de la persona jurídica es la prenda o garantía común de sus acreedores.

¿Porque entonces hablar de responsabilidad? ¿Y de quiénes? En principio se podría pensar que es en el caso, de sociedades hablando, de los socios con responsabilidad no limitada.

Pero por qué pensar en eso y en extensiones de quiebra automáticas, si el patrimonio es la prenda común de los acreedores y el mismo es suficiente para satisfacer sus pretensiones. Lo mejor será un caso concreto, que denominamos "Von Sanden", donde se responsabilizó a los socios con limitación de responsabilidad, de una sociedad anónima, haciéndoles solidariamente responsables de deudas sociales, cuestionando el intento de trasladar los perjuicios a los acreedores. Haremos una posterior referencia.

Esa tendencia se acentúa a través del principio de evitar daño, y en el caso de sociedades ello puede acaecer por insuficiencia patrimonial, con claras consecuencias en caso de socios con responsabilidad no limitada, pero que consideramos se ha acentuado en el caso de sociedades con socios con limitación de responsabilidad.

(73) Universidad de Bolonia, Departamento de Ciencias Jurídicas, Escuela superior de estudios jurídicos, Programa de altos estudios posdoctorales en derecho para doctores iberoamericanos. Tesis: *La difuminación de la función del capital social como elemento y requisito esencial en el derecho de sociedades*. Director: Dr. Jorge Alejandro Amaya, • Posdoctorando: Dr. Daniel Roque Vitolo (Argentina).

VI. ¿Un derecho societario de crisis?

Quizá un punto de partida le ha dado Juan Carlos Veiga, al referirse al limitado capital con que puede constituirse la sociedad por acciones simplificadas, incluso por declaración unilateral de voluntad, al señalar que ello no afecta la supuesta función de garantía del capital social sino la función de productividad del patrimonio social o del patrimonio social. Es que con Veiga venimos pensando en paralelo y nos llevó a concebir un ensayo llamado “*el contraderecho*” sobre las costumbres *contra legem* en los juicios concursales de sociedades.

Pero dejaremos marginalmente las referencias que allí hicimos, para converger en algo que fue expresado un par de meses atrás por Alessandro Nigro en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Punta del Este, sobre “*Il diritto societario della crisi: una nuova frontiera?*”

En el reconocimiento de personalidad es esclarecedor lo expuesto en la exposición de motivos del Proyecto de CCC-ya referido- y de Mario Rotondi: es la protección a terceros, cuando reconozco la personalidad, a los terceros que contratan con la misma, pero al mismo tiempo a los terceros acreedores individuales de los socios por el patrimonio que excluyo.

La responsabilidad por el déficit concursal es en realidad por daño causado, sigue al informe Winter: “si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no puede 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”. Es el régimen del art. 99 LGS.

Es una protección no sólo de los acreedores, sino del interés general, motivando contratar con las sociedades. En eso está el art. 1710 y ss. CCC.

La insolvencia es un riesgo para los acreedores en el concurso de persona humana, y de los socios y administradores en la Persona Jurídica⁷⁴. Responsabilizar por el déficit es una forma de distribuir los costes de la insolvencia, y tutela *ex ante* la eficiencia del sistema jurídico.

Los Arts. 94 ap. 4 y 5, 96, 99 y 100 CCC configuran un sistema preventivo de dificultades económico, financieras y patrimoniales integradas a una opción imperativa de soluciones, bajo sanción de responsabilidad de los administradores “y los socios en su caso”, aclarando a quiénes podría dirigirse esa responsabilidad, conforme art. 150 CCC, el art. 167 *in fine* CCC.

(74) 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, p. 63.

La viabilidad debe ser expresada, en la Memoria, conforme los LCQ 11 y 45 régimen de administración durante el cumplimiento del acuerdo, o inicialmente qué piensa el concursado ... es la viabilidad durante el cumplimiento...

El problema de la insolvencia -no queremos hablar de infracapitalización o infrapatrimonialización- es un problema de personalidad y patrimonio.

Y puede encararse *ex ante* y *ex post*.

Ex ante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad responsable, enmarcada en normas imperativas. Patrimonio suficiente para no dañar que impone un plan de negocios, como se registra en la Memoria que acompaña a ciertos estados contables.

Ex post en responsabilidad, incluso en inoponibilidad que es una forma de responsabilidad dentro de las relaciones de organización personificadas. Teoría general de la responsabilidad.

Y a su vez debe reflejarse en la funcionalidad societaria. No dañar, no ser usada indebidamente *leverage buy out* en las privatizaciones...

Anual obligación de resultados balance, memoria con test de viabilidad anual, y ante causal de disolución de patrimonio insuficiente, corrijo pérdida total del capital social... que no impone tiempos de liquidación y que por tanto no se suspende por presentación en concurso..., pero que ahora obliga el art. 100 LGS. Es la terminología que usa la ley, constituyendo la infrapatrimonialización social.

Los problemas societarios se centran en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC -como hemos visto dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: "Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a). por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código..."-.

Para las sociedades la ley especial es la LGS, imponiendo sus normas no dispositivas "o en su defecto" -de sus normas- por las normas imperativa del CCC.

VII. Normas imperativas

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

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

el art. 1709 y como referencia a derechos indisponibles en el art. 1743. La referencia a normas imperativas aparece en los arts. 12, 150 y 177, expresamente a normas legales imperativas en el art. 1121, leyes imperativas 1743, y normas internacionales imperativas en los arts. 2599 y 2651 incs. e. y f. del Código.

La impresión es que han sido usadas como expresiones análogas.

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

Por otro lado, no deben descartarse las opciones imperativas, o sea que los socios deben elegir alguna de ellas, sin apartarse del catálogo previsto. Un ejemplo lo es el art. 96 LGS. El mismo genera una opción imperativa, sin plazo, pero generadora de responsabilidad si produce daños.

Otro aspecto esta referido a la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC referido para dar prioridad a la ley especial o a las normas del Código⁷⁵.

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

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

A su vez, en norma similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC dispone “Liquidación y responsabilidades” y especifica al final: “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 *in fine* CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por

(75) “La interpretación del sub sistema societario a la luz del código civil y comercial: prelación de normas imperativas”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, p. 23.

las normas imperativas de la ley especial, o *en su defecto*, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

Fernando Perez Hualde⁷⁶ coincide señalando con precisión que: “La aplicación del art. 167 CCC respecto del supuesto tratado en la LGS (...) surge del claro orden de prelación que establece el art. 150 CCC ordenando la aplicación, después de la norma imperativa especial (léase LGS), de la norma imperativa del Código. Y es así en tanto la norma del art 99 LGS, respecto de la responsabilidad de los socios, no solo no es imperativa, sino que además es oscura (...). En cambio, el art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa. Ello se evidencia no solamente al sostener que la persona jurídica en dicha situación *no puede realizar operaciones*, sino también cuando establece que en caso de infracción responden ilimitada y solidariamente aquellos miembros (socios) que *conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”.

Sigue actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario, por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”⁷⁷.

¿Y las pérdidas?

Lo fundamental es recordar, vinculado al tema responsabilidad, es la definición de sociedad contenida en el art. 1° LGS: “Habrà sociedad comercial cuando dos o más personas (...) se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio (...) participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. Genética y funcionalmente son los socios los que deben soportar las pérdidas, no sus acreedores, salvo que lo acepten en forma unánime, no pudiendo hacerlo a través de un negocio de mayorías y menos a través de cesionarios⁷⁸, pues constituiría un fraude a la ley -art. 12 CCC-. Además de una alteración del derecho de propiedad, con apropiación de créditos de acreedores en directo beneficio de la sociedad en crisis y sus socios.

El riesgo lo asumen los acreedores frente a la Persona Humana, por eso las previsiones normativas en torno a una construcción sobre la insolvencia de esa

(76) PEREZ HUALDE, Fernando. “Aplicación del régimen del art. 167 CCC al supuesto del art. 99 LGS”, en *El Derecho Societario*, tomo I, p. 433.

(77) FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”, en *Código de Comercio*, Tomo I, *Hammurabi*, Buenos Aires: 2005, p. 127. Citado por nosotros en “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”, cit.

(78) Ver el fallo “Mandalunis, Tomas Eduardo s/ Concurso preventivo”, Expediente N° 12359.10, Juzgado N° 25 - Secretaría N° 49, Buenos Aires, 25 de febrero de 2014, y particularmente el voto de la Camarista Prof. Julia Villanueva. Cfme. Richard, Efraín Hugo. “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I, pp. 515 a 552.

persona, pero en las Personas Jurídicas lo asumen sus miembros y -eventualmente- los administradores, con un régimen bien concreto de responsabilidad además del indicado art. 99 LGS⁷⁹. Son los socios los que corren el riesgo empresarial al constituir la sociedad y hasta su liquidación.

Desde la escuela comercialista de Córdoba y sus amigos, se plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada: 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. Desde 1996 con la tesis de Francisco Junyent Bas y el prólogo que formalizamos quedó planteada la cuestión.

La causal de disolución de pérdida del capital social -que genera responsabilidad- es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, o de la imposibilidad sobreviniente por razones económicas, financieras o patrimoniales de cumplimiento del objeto, causal del art. 94.4 LGS, muchas veces es suspendida esa causal en nuestro país y en el extranjero ante crisis como la que vivimos, pero se encuentra cubierta por otras vinculadas a la infrapatrimonialización.

Debemos distinguir infracapitalización formal, *one dollar corporation*, infracapitalización material que puede dar lugar a la causal de disolución del art. 94.4, cesación de pagos e insolvencia. Claro que muchas de las sociedades que se constituyen con un pequeño capital organizan su actividad en forma particular, como el *crowdfunding*⁸⁰.

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, aun en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos, la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, únicamente a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

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

(79) VERÓN, Alberto V. "Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas: ilimitación, solidaridad y mal desempeño del cargo", en *Doctrina societaria y concursal*, Ed. Errepar, tomo XXXIII, Buenos Aires, p. 789.

(80) Sobre múltiples aspectos de esa relación puede verse MORENO SERRANO, Enrique - CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, Luis (Coordinadores) *Crowdfunding: aspectos legales*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, España. 2016, con prólogo de Alberto ALONSO UREBA.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social⁸¹, 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 LGS, en su último párrafo, establece el efecto de la admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

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

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendos, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar. Y así lo norma con claridad el art. 100 LGS reformado en 2015.

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

Sobre la exigencia de la viabilidad económica, se ha preguntado: ¿cómo se acredita la misma? Para Barreiro se debe integrar este vacío que plantea el artículo 100 LGS acudiendo a la LCQ. Siguiendo esta pauta integradora en la ley concursal nos encontramos con que “*el juez puede poner fin a la continuidad de la explotación antes del vencimiento del plazo si ella resultara deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores*” (art. 192 *in fine* LCQ). Sobre esta premisa el autor completa su pensamiento expresando que tal viabilidad económica “*consiste en la posibilidad cierta de sustentación de la actividad del patrimonio cesante, que deberá producir ingresos suficientes para poder atender las erogaciones propias del giro social*”. Esto quiere decir, continúa afirmando, que la ley societaria asume un propósito preventivo, impidiendo que la actividad económica inviable agrave las consecuencias y desemboque en un incumplimiento generalizado⁸².

(81) MILLER, Alejandro. “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social”, 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, p. 371.

(82) BARREIRO, Rafael. “Viabilidad económica y social de la continuación de la actividad de la sociedad disuelta”, en *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal* (Dir. Arecha), 1ª ed., D&D, Buenos Aires, 2015, p. 172-174.

Coincidimos en estas apreciaciones. Como anticipamos, se trata de acreditar la existencia de un plan que permita visualizar *prima facie* que la sociedad puede seguir operando sin dañar y satisfaciendo todas sus obligaciones. El instituto de la remoción de las causales resulta aplicable a todos los supuestos, ya sea que tengan previsto específicamente un caso de remoción ordinario, para los cuales resultaría superflua, o se trate de aquellas causales a las que la ley no les otorga un tratamiento particular. Incluso a las causales convencionales previstas en el contrato y el estatuto, no habría obstáculos que impidan aplicarle el instituto de la remoción y hacerlo operativo, manteniendo la vigencia del principio de conservación de la empresa.

Ante la preocupación de Barreiro ratificamos nuestra visión contraria a un control estatal o jurisdiccional tanto sobre el dictamen de viabilidad económica como en el de viabilidad social, pues implicaría una traba y poner al órgano gubernamental o jurisdiccional en una tarea imposible, cuando no obstaculizante del desarrollo. Aparece adecuado que “en eterna memoria” se disponga su resguardo protocolizándolo. No ya para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que prevé el mismo artículo, que lo son en relación a obligaciones contraídas con anterioridad, sino para los daños generados en el futuro no por riesgo empresario sino por acciones u omisiones culposas, como lo será la actuación con patrimonio neto negativo.

Concordamos con María de los Ángeles Luján y Carlota Palazzo⁸³: “El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre más interesado o incentivado en tomar buenas decisiones. Los jueces y organismos de control son sustitutos imperfectos para los actores del mercado, quienes al tener su propio dinero en juego se encuentran intensamente interesados en tomar buenas decisiones. Más aún, existe un proceso de selección natural en función del cual solo sobreviven aquellos actores del mercado que toman buenas decisiones. No existe un proceso competitivo similar para los jueces y organismos de control que carecen tanto de los conocimientos, como de la experiencia e incentivos para tomar una decisión relativa a la viabilidad. Luego, la decisión relativa a la remoción de la causal de disolución por considerarse que existe viabilidad compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los magistrados. Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda controlar “formalmente” que existió un pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad. Entiéndase bien, sobre lo que no podrá avanzar será sobre si dicho pronunciamiento fue debidamente fundado; ni sobre si está de acuerdo con la valoración acerca de la viabilidad. El debido contrapeso lo constituirán las acciones de responsabilidad de las que serían pasibles administradores y socios de corroborarse que arguyeron

(83) “Del nuevo artículo 100 ley 19.550 y los presupuestos para su aplicación”, 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, p. 365.

la viabilidad cuando la misma no era tal. De allí que resulte recomendable como buena práctica, más no compulsivo por no haber sido expresamente regulado en la ley, que la decisión del órgano de gobierno se sustente en documentos objetivos de análisis económico y financiero prospectivo del negocio social producidos especialmente para la oportunidad en que el órgano de gobierno deba resolver y relacionados con precisión en la decisión”.

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

Miremos en rededor, un reciente importante fallo ha motivado nuestro interés. Se trata de la resolución de la Cámara Civil - Sala C en la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos “Von Sanden de Klein Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios”, cuya lectura aconsejamos. La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: la prescripción, la integración de la *litis* y las causas por las que se les responsabiliza.

Se activa así la función de garantía del capital social, un modo normativo de referirse a la infrapatrimonialización. Terminando este aspecto con la última transcripción: “La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, *los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Ratifica lo explicitado por el Ministerio Público en orden a que “se configuró un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad (v. anteúltimo y último párrafo, fs. 220) (...). Por lo demás, la solución aquí propuesta, en definitiva, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity (Daniel Roque Vítolo, Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, La Ley, 22/12/2004)”*.

Nos parece muy bien, aunque lo mismo se hubiera logrado a través de la aplicación del art. 99 LGS y su nueva norma de interpretación: el reciente art. 167 *in fine* CCC referido, que obligará a administradores y socios tratar se generen daños por el funcionamiento de la sociedad contrariando normas imperativas de su re-

gulación específica. El dato que se desliza sobre la falta de integración del capital social y el no detectar activo alguno, nos hace pensar que podría haberse fundado la responsabilidad en las previsiones de aquella norma, con similar resultado al descorrimiento del velo, generando una suerte de teoría general de la responsabilidad para las relaciones de organización⁸⁴.

Claro que la norma del art. 54 ter LGS (144 CCC), permite soslayar los recovecos formales que suele usar la jurisprudencia para exonerar de responsabilidad de que no se acreditó la pérdida del capital social, y la aplicabilidad del art. 99 LGS, porque no hay balance confeccionado, ni libros, ni bienes... Qué mejor prueba de la pérdida del capital social que la inexistencia de bienes y la existencia de pasivos. En ese momento aparece clara la existencia de la causal y sólo merecería prueba la fecha en que se generó para imputar responsabilidad a los administradores determinados, y a los socios que omitieron actuar -por lo menos el grupo de control-. Y en orden al grupo de control debemos apuntar a que en las grandes sociedades está constituido por personas humanas y personas jurídicas, en muchos casos fondos de inversión y otros supuestos, en que la responsabilidad puede llegar a ser extendida.

Recién si el patrimonio fuere insuficiente se podría pensar en la posibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores, de derecho o de hecho, y contra algunos o todos los miembros de la persona jurídica. Ello acaece fundamentalmente respecto de terceros, pues la persona jurídica y sus miembros pueden tener interés en satisfacer los daños a la misma o a sus miembros directamente de quien los generó, y en estos casos no interesa la insolvencia o insuficiencia patrimonial.

Hemos destacado las responsabilidades de socios y administradores ante la insolvencia, pero también la acotamos a la existencia de daño⁸⁵.

El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”, y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social estatutario, en situación que importa, al igual que ciertos supuestos derivados de la causal del art. 94.4 LGS, situaciones de infrapatrimonialización que generan responsabilidad.

Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad. No todos

(84) La llamada inoponibilidad de la personalidad así asumida, desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 *in fine* LGS, apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar a socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, por los daños causados por la irregular actuación de ellos en relación a la persona jurídica. En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. El abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

(85) Ver nuestros trabajos sobre el tema en www.acaderc.org.ar

los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador. La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o *disregard of the legal entity*".

En el caso Interdumentaria S.R.L. se generó por infrapatrimonialización la responsabilidad solidaria de los socios⁸⁶.

VIII. Meditando

Recordemos algunas tendencias recientes en el derecho comparado, y formulemos algunas apreciaciones finales.

Por un lado, la de dar soluciones por vía extrajudicial. Las hemos comentado como así la doctrina de Juana Pulgar Ezquerro⁸⁷. Ahora se ha escrito para España que se viene incentivando "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 (...) destaca (...) la expresa previsión en nuestra LC de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posiblemente integrante de los acuerdos concursales (...). Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa, en los términos previstos actualmente (...) alguna especialidad 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, con ocasión de esta reforma 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 que acaban de leer podría creerse que es de nuestra pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019⁸⁸ y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y

(86) CARLINO, Bernardo – RICHARD, Efraín H. "Infracapitalización pre y post pandemia", *RDCO*, julio-agosto 2020. N° 303, p. 3.

(87) PULGAR EZQUERRA, Juana. *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, julio 2012. RICHARD, Efraín Hugo. "Notas en torno a la preconcuralidad societaria: un estudio comparado", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pp. 423 a 446.

(88) GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión. "La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (*debt equity swap*)", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra-España, 2021, p. 17 y ss.

refinanciación, art. 100, y no al art. 150 del Código Civil y Comercial introducido en el 2015 que ratifica nuestra anterior interpretación.

Por el otro lado, nuevas causales de disolución y de responsabilidad de administradores se han generado en Colombia. Un afinamiento de lo que se viene sosteniendo. De un reciente ensayo de Diana Rivera extraemos: “B. El concepto de la hipótesis de negocio en marcha en la normatividad colombiana. Es el mismo Decreto 2420 de 2015 ya citado, el que se encarga de definir ‘la hipótesis de negocio en marcha’ como (...) un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales”. “C. La causal de disolución, artículo 4 Ley 2069 de 2020. (...) Artículo 4 Ley 2069 de 2020. Causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto”. “(...) Lo que para nosotros es claro es que son momentos y situaciones distintos en el curso del ejercicio y al cierre del mismo. La Ley 2069 fue clara al indicar que la causal se verifica al cierre del ejercicio y no en un período intermedio. No obstante, esto no impide que en el curso del ejercicio pueda procederse de esta manera cuando se establezca que es inminente la liquidación o el cese de las operaciones (...) pero que al parecer el legislador ha querido resaltar, que es el de advertir oportunamente la crisis ante el ‘deterioro patrimonial’ o ‘riesgo de insolvencia’ y alertar al órgano societario. En cuanto al deterioro patrimonial, consideramos que es la variación negativa de alguno de los indicadores financieros o de gestión, sin embargo, ¿con “riesgo de insolvencia” a que se refiere el legislador? Por riesgo, se entiende ‘contingencia o proximidad de

un daño' y en este caso, el daño es la 'insolvencia'. En cuanto la insolvencia que se ve próxima, en la medida en que legislador no diferencia, podría referirse tanto al concepto técnico de insuficiencia del activo para atender el pasivo, o a los procesos de insolvencia, que presuponen obviamente dificultades, dentro de las que está incluida la mencionada insolvencia. En cualquiera de los escenarios, consideramos que es evidente que el legislador nos ubica en la etapa previa de una crisis, aunque no necesariamente en una zona de insolvencia, como lo veremos más adelante (...).

D. La configuración de la causal. Para evaluar la hipótesis de negocio en marcha, teniendo en cuenta lo establecido en las normas internacionales, es necesario entender que cada empresa debe realizar sus estados financieros bajo la suposición de que el negocio se va a mantener de la misma forma en la que viene funcionando y, que de existir alguna posible problemática se debe revelar en las notas a los estados financieros. (...) (Q)uien reclama la solidaridad le bastará acreditar que no se convocó oportunamente a la junta o la asamblea, sin que el administrador demandado pueda liberarse demostrando que no obró con culpa (...). Con respecto al artículo 458 del Código de Comercio es importante hacer una serie de precisiones. En primer término, la situación de falencia económica se debe mirar de conformidad con la responsabilidad profesional del administrador, razón por la cual, responde tanto si tuvo conocimiento de la crisis patrimonial o si debió tener conocimiento de la misma si hubiera obrado como un buen hombre de negocios. Como bien se sostiene, se trata de una especial responsabilidad legal". Por otra parte, en cuanto al supuesto de responsabilidad del citado artículo 458, el profesor Felipe Suescún advierte que los administradores serán solidariamente responsables por las operaciones que comiencen una vez se hayan verificado las pérdidas patrimoniales, siempre que dichas operaciones causen algún perjuicio a los accionistas o terceros. La expresión "cuando se verifiquen", no ha de ser entendida en el sentido de que la responsabilidad de los administradores se determina exclusivamente a partir del momento en que se realizó la comprobación real de las pérdidas, sino que también surge desde el momento en que las pérdidas debieron ser detectadas. En aquellos casos en que los acreedores de la sociedad no logren percibir sus créditos y, por tanto, sufran un daño, podrán interponer una acción de responsabilidad contra los administradores que continuaron con las distintas actividades de la sociedad luego de haberse producido una pérdida grave de capital"⁸⁹.

En todo este ensayo hemos intentando una sistemática basada en la libertad bajo responsabilidad. Por eso, ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris⁹⁰, se abre una línea

(89) RIVERA, Diana. "Nueva causal de disolución en el régimen societario colombiano y su impacto en los deberes del administrador", en MARYTÍNEZ BLANCO, C. (Coord.) *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*", Tomo VIII, Montevideo, 2021, p. 211 y ss., esp. 243.

(90) Se usa y hemos usado "infrapatrimonialización material", tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa. JUNYENT BAS, Francisco A. "La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios", *La Ley* 13/05/2009, 13/05/2009, 1- La Ley 2009-C, 1045.

roja, las *red flags* que funcionan incluso en la *one dollar corporation*, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la Argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos.

Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal -que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades les prevendrán de asumir responsabilidades, y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

Esta visión sobre la función de garantía del capital social, en realidad la infrapatrimonialización, y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos socios -que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los acreedores en caso de concurso o quiebra de una sociedad, incluso en caso de juicios individuales ante la falta de bienes de una sociedad no liquidada.

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

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

Administradores y socios ante un balance deficitario pueden no liquidar la sociedad, pero si luego no pueden satisfacer el pasivo deberán asumir la respon-

Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología está ligada a la "función de productividad" y nosotros nos estamos concentrado en la "función de garantía del capital social".

sabilidad que resulta del art. 99 LGS, indubitadamente los administradores y los socios conforme su conocimiento y conducta. La Memoria debería haber explicitado porque no se recurrió a la previsión del art. 96 LGS y se continuó el giro.

Ese art. 99 LGS tiene un efecto similar a la previsión del art. 54 *ter* LGS, en cuanto a responsabilizar por los daños causados⁹¹, ahora calificado por el art. 167 *in fine* CCC.

Se afirma “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas y preceden a la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”. (...) (U)na vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*) (...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA⁹² -en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*)⁹³.”

La ley concursal es una ley especial -un escudo protector-, pero no puede alterar las normas imperativas de la ley societaria específica que regula a la persona jurídica societaria, conforme el art. 150 CCC, menos es una isla⁹³, pero el sistema jurídico

(91) “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”. *Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”* (CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ed. Ejea, Buenos Aires 1969, p. 76 en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, p. 33 y ss.; RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, cit. pp. 423 a 446; DUPRAT, Diego (Coord.). *Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales* (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales) tomo III, tratado coordinado por, Parte III, Capítulo 5 pág. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013; “Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? (An Argentine perspective on confronting corporate crisis: is this a bankruptcy law issue?)”, en *Revista de Derecho* 2013, 08, de la Universidad Católica de Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 257 a 302. “Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley”, *La Ley*, tomo 2014-d- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, pp. 1 a 6.

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

(93) Ver el ensayo de E. Daniel Truffat que citamos en la nota siguiente.

general es un sistema integrado y por suerte esa integración hace que amanezca en la interpretación, lo que no es poco⁹⁴.

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

La doctrina debe colaborar para facilitar la labor de los jueces en la integración que no debe constituirse en una carrera de obstáculos sino en un inteligente diálogo de fuentes, acotada por nuestra Constitución Nacional.

Y para el análisis de un derecho societario de crisis, hacer congruente la legislación concursal con la societaria. ¡Menuda tarea!

(94) Parafraseando los títulos de una polémica con el jurista y amigo E. Daniel Truffat: RICHARD, Efraín Hugo. "Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)", *Revista de las sociedades y concursos*, año 16, 2015 nos. 2/3, p. 99, en respuesta al ensayo que tuvo a bien hacernos llegar un formado jurista y querido amigo, con quién hoy integramos la comisión académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), prof. dr. E. Daniel Truffat; "El derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial", publicado en la misma *Revista* inmediatamente antes de nuestro artículo, acercándonos en las posiciones doctrinarias que nos separan en tal sentido y nos unen en la amistad y la vocación compartida, pues en la disidencia madura y respetuosa se construye el derecho. Hoy compartimos la organización, dirección y coordinación de los conversatorios del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.