

# NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS

Efraín Hugo RICHARD

Es necesario convenir en que las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general.

Esa estructura fundamente del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en la Ley General de Sociedades (LGS) sustituyendo el vigente, y con el art. 150 inc. a. del Código Civil y Comercial (CCC)

Ese reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, conforme las nuevas normas.

-----

1. Las normas imperativas del derecho societario tienden a evitar la insolvencia de la sociedad y, por consiguiente, evitar daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

Ese sistema ha sido considerado “preconcurso” y, su respeto, tiene importancia decisiva en materia concursal. E. Daniel Truffat se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico<sup>1</sup>: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supralegales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los “nuevos derechos” (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar”. (...) Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos. (...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil. (...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”. (...) Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”.*

En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público.

No creemos haya duda de la imperatividad de las normas societarias en caso de pérdida del capital social y de los efectos que se producen. Es casi dialéctica la determinación sobre si esas normas son también de orden público.

En cuanto se compromete la continuidad del giro empresarial –objeto de la sociedad- aparece un orden público social: la conservación de la empresa por el efecto social y económico en la región, y la conservación del empleo, y el derecho constitucional de propiedad de los acreedores y a trabajar de sus empleados.

---

<sup>1</sup> En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”

El orden público es el "*conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia de una organización social establecida que no pueden ser alterados por la voluntad de los individuos (c.c.: 21, conf. Llambías, J.J. "Tratado de derecho civil- Parte General", t. I, nros. 184, 195 y 197, págs. 158, 163 y 197, ed. 1973)*"<sup>2</sup>.

2. El artículo 12 del Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial con media sanción del Senado argentino se refiere al "Orden público" y al "Fraude a la ley": "*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*".

Se verá que se distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. En el mismo sentido el actual art. 21 CC del Título Preliminar.

Las normas societarias a las que referimos tienen carácter imperativo cuanto menos, si es que no constituyen un orden público societario. Como conclusión: las normas imperativas de la ley societaria –al margen de si constituyen o no reglas de orden público–, son inderogables, y su apartamiento constituye un fraude a la ley.

Pablo Augusto VAN THIENEN<sup>3</sup>, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresa "La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). - Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. - Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del C. Civil). Detectado el orden público parece que la idea de derechos inderogables se hace añicos. – II - Orden público societario... ¿estás ahí? Todavía, no lo hemos encontrado".

En realidad este autor sostiene que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero veremos que se acepta la existencia de un orden público societario, con normas inderogables.

Sigue Van Thienen y sus colaboradores apunta a la imperatividad de: "8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.(...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; o con capital pero sin acciones; o con capital y acciones pero sin asamblea o sin directorio. Ninguno de estos elementos tipificantes puede ser derogado por autonomía contractual. Ellos son de orden público. No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad

---

<sup>2</sup> Nto. "SOBRE NULIDAD DE RESOLUCIÓN ASAMBLEARIA", en *Derecho Societario y Concursal – Tendencias jurisprudenciales*, Ed. Legis, Buenos Aires 2012. Correspondiendo a la publicación para el Décimo Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias Societarias, y Duodécimo Seminario Anual sobre Actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias concursales, pág. 141.

<sup>3</sup> VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) "Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Como se verá esta línea de doctrina acepta que todo lo referido a las causales de disolución, y referido a la liquidación, como la falta de capital social son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas.

Hemos abundado sobre ello. Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento de la capacidad operativa de la sociedad<sup>4</sup>. El art. 150 CCC sobre “Leyes aplicables” expresa “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; (...)”. En absoluta congruencia el nuevo art. 100 LGS dispone en torno “Remoción de causales de disolución”: “Las causales de disolución podrán ser removidas mediante decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”.

Esa viabilidad esta vinculada a las facultades y deberes de los administradores de la sociedad, particularmente en la confección del balance y en la formulación de la Memoria en su caso.

3.El punto ha sido subrayado “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.<sup>5</sup>

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados a los que nos hemos estado refiriendo en estos tres días. En la insolvencia: las normas societarias, uniformes en el derecho societario comparado en torno a la función de garantía del capital social.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado.

Y aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales llegan tarde y fracasan.

4.Si se atiende la crisis antes de la pérdida del capital social, cuando los administradores avizoran la crisis no habrá juicios –salvo por obligaciones extracontractuales y laborales-, y no será necesario pensar en un trámite judicial para paralización de ejecuciones, ni respecto a la problemática de la invulnerabilidad de arreglos, extensión del acuerdo a los que no lo aceptaron, y la

---

<sup>4</sup> OLIVERA GARCÍA, Ricardo “El concepto de capital como límite a la potestad de distribución de dividendos”, en Jurisprudencia Argentina, número especial, Buenos Aires, Octubre 15 de 1997, número 6059 bajo nuestra dirección, número 6059, pag. 24 específicamente pág. 27.

<sup>5</sup> RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en publicación citada en nota anterior, específicamente pág. 34.

protección de la moneda fresca. Claro que la exteriorización de la crisis tiene un costo, no sólo de mediación sino de pérdida de confianza.

Estamos hablando de PRECONCURSALIDAD, como lo hacemos en el homenaje a Beltrán. Se ha sostenido que la legislación societaria es preconcursal, paraconcursal o anticoncursal, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”<sup>6</sup>, “tiene una función *preconcursal* o *paraconcursal*, considerando algún otro considerarla como *anticoncursal*”<sup>7</sup>, y ante los estudios que tratan de rescatar esas normas, desde lo concursal se ha avanzado en las recientes reformas española de la ley de sociedades y la italiana<sup>8</sup>, en una compatibilización que no estamos en condiciones de juzgar. La doctrina italiana reiteraba que la reforma de la legislación concursal omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina<sup>9</sup>.

Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”<sup>10</sup>.

5. Respecto a la pérdida del capital social y las normas específicas de la legislación del medio técnico organizativo, Emilio Beltrán<sup>11</sup> postulaba “... parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima –o limitada o comanditaria por acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”.

“En segundo lugar –tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que

---

<sup>6</sup> URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J.” La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *CURSO DE DERECHO MERCANTIL* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civiltas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

<sup>7</sup> DÍEZ ECHEGARAY, José Luis *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. p. 387.

<sup>8</sup> STRAMPELLI, Giovanni “Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisis, en *Rivista delle Società*, anno 57, 2012, luglio-agosto 2012, fascicolo 4, pág. 605, Ed. Giuffrè Editore, Italia 2012, donde se analiza la disposición contenida en el decreto ley del 22 de junio de 2012, n. 83, donde se impone la reconstrucción del capital social o el concurso de la sociedad, en forma similar a lo previsto en la última reforma española.

<sup>9</sup> NIGRO, A. *Le società per azioni nelle procedure concursali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9ª, Torino 1993, 209 ss.

<sup>10</sup> OLIVERA AMATO, Juan M. *Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales en Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

<sup>11</sup> BELTRAN SANCHEZ, Emilio “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución” en libro colectivo *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* director Juan Bolás Alfonso, Consejo General del Notariado, Madrid 2000 pág. 154.

prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil *sancionador*. Esas consideraciones explican el *carácter imperativo* de las normas sobre disolución...”<sup>12</sup>.

Lamentablemente la última reforma en España, del año 2014, debilita las soluciones societarias concursales, favoreciendo el concursamiento. Pero no alteraría las obligaciones de los administradores y socios, y la consiguiente responsabilidad.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización que es una zona gris, se abre una línea roja, las “red flags” 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.

6. La Corte Suprema de Justicia argentina avala esta visión sobre la imperatividad de las normas societarias. En fallo del 20 de octubre de 2009 formuló un *obiter dictum* al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A., expresando: “El proceso concursal, como última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis.

7. Y ahora el CCC, además de la específica norma del art. 150, contiene nuevas normas que acentúan la obligación de actuar sin dañar.

Ello en torno a la “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes.

En efecto, el Art. 1710 “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño...c) no agravar el daño si ya se produjo”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS.

Y si los administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, cabría que cualquier interesado pudiera promover la acción prevista por el Art. 1711. “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

---

<sup>12</sup> BELTRÁN, Emilio “La disolución de la sociedad anónima” en *Estudios de Derecho Mercantil*, Ed. Civitas, Madrid 1991, págs. 138/9.

Anticipamos que cualquier interesado podría promoverla, y ello esta consagrado por el “Art. 1712 “Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevencion del daño”. Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el Síndico podría ejercerla; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la accion subrogatoria como accion de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero si en la responsabilidad de administradores y en su caso de socios.<sup>13</sup>

Es importante advertir los efectos de la acción revelados en el Art. 1713: “Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda, debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idoneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”. Sin duda sería la de convocar a los socios a adoptar los criterios previstos en el art. 96/100 LGS, sin perjuicio de la responsabilidad que ya hubieran asumido (arts. 99/100 LGS).

8. En conclusión, las normas sobre el capital social son de carácter imperativo y la reforma ha potenciado el carácter preventivo de las acciones para evitar daño a terceros, e incluso a la propia sociedad.

---

<sup>13</sup> C.Nac.Com. Sala E 17/08/2006 Inspección General de Justicia v. Compañía Norte S.A., JA 2006-IV-fascículo n. 13, pág. 63.