

PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS¹

Efraín Hugo RICHARD²

LA ENCOMIENDA. DELIMITACIÓN DEL TEMA I – PERSONA JURÍDICA Y PERSONALIDAD. 1. Persona jurídica. 2. Las relaciones de organización. 3. Personalidad. 4. La normativa civil y comercial: el concepto de persona. 5. La normativa específica. II – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD. III - RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y DE SUS MIEMBROS. 1. Responsabilidad penal. 2. Limitación de responsabilidad civil. 2.1. Patrimonio neto negativo. 2.2. Las normas imperativas. 2.3. Normas imperativas y derecho concursal. La preconcursalidad. 2.4..Artículo 99 de la Ley General de Sociedades (LGS). IV – INSOLVENCIA Y RESPONSABILIDAD. 1. Imputar y responsabilizar. El daño. 2. Insolvencia para justificar daño. – Jurisprudencia. V. ACTIVIDAD ILÍCITA. VI – REPENSANDO Y CONCLUYENDO.

LA ENCOMIENDA. DELIMITACIÓN DEL TEMA.

El distinguido jurista y amigo Dr. Pablo HEREDIA -que desde la doctrina y la magistratura encara con profundidad los temas del derecho empresario-, al honrarnos solicitándonos un artículo sobre “Personas Jurídicas”, con enjundia nos guió en su contenido, recordándonos el trabajo **“Responsabilidad de la persona jurídica. En los Códigos de 1871 y en el del 2014”³**. Agradeciendo esa sugerencia, hemos pensado que este ensayo debía ser una suerte de continuación de aquél otro, centrándonos más en la responsabilidad de sus miembros, tema más urticante. En efecto, sobre ello se suele hablar de la responsabilidad de administradores, pero ahora intentaremos referirnos a la responsabilidad de sus propietarios, en particular de los socios de una sociedad, la especie más común de las personas jurídicas privadas.

Para despertar más interés e incitar a la lectura completa, apuntamos que nos dirigiremos tanto a la protección del patrimonio personal en el caso de socios de sociedades que les generan responsabilidad mancomunada o solidaria, mientras no haya abuso de la técnica de organización personificada, como a la responsabilidad solidaria de aquellos miembros o socios que por omisión o acción dentro de la funcionalidad societaria causen perjuicio a terceros o acreedores.

El tema de la responsabilidad de la persona jurídica por falta de voluntad directa, debe complementarse, en el supuesto de patrimonio insuficiente, con la posibilidad de ejercer acciones de responsabilidad contra terceros –miembros o representantes-, y ello impone referirse particularmente a la personalidad jurídica y las relaciones de organización⁴, por cuanto ante la autonomía de la voluntad para organizar actividades imputables a personas jurídicas, esta técnica contiene previsiones o normas imperativas para evitar la generación de daños a terceros y al mercado atento la separación patrimonial, particularmente en orden a la consistencia patrimonial, conforme su “función de garantía”, y la posible extensión de responsabilidad a administradores, partícipes y otros terceros, que no es otra cosa que el abuso del medio técnico personificado. Por ello haremos referencias al descorrimiento del velo de la

¹ Publicado en “Revista del Código Civil y Comercial”, editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, abril 2018. Buenos Aires

² Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Polemista.

³ Publicado en *Problemática actual de la responsabilidad civil – II*, Ed. Rubinza-Culzoni, “Revista de Derecho de Daños” 2014-2, Santa Fe, 30 de septiembre de 2014, págs. 39 a 80, generado a instancias de Jorge Mosset Iturraspe.

⁴ Nto. Las relaciones de organización – El sistema jurídico del derecho privado, Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2º Ed. Advocatus, Córdoba 2002.

personalidad para extender responsabilidad, y también verificar las vías para hacerlo en caso de patrimonio insuficiente de la persona jurídica.

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.

I – PERSONA JURÍDICA Y PERSONALIDAD..

Antes de apuntar a esa responsabilidad, es pertinente referirse a la estructura técnico normativa de la persona jurídica.

El Derecho es un sistema normativo que se aplica a relaciones sociales; a relaciones intersubjetivas. Elemento fundamental de esas relaciones es el elemento subjetivo pues son relaciones entre dos o más personas, de forma que la Persona es el componente fundamental de la relación jurídica. Pero las relaciones jurídicas pueden existir, también, entre personas que no son humanas, sino que son personas “*jurídicas*”; entidades o creaciones del Derecho -reconocidas legalmente, aunque creadas por humanos-. Las personas jurídicas intervienen en todo tipo de relaciones jurídicas -con alguna excepción, como las propias del Derecho de Familia-, interviniendo tanto en las relaciones jurídicas de Derecho público, como en las de Derecho privado. Así lo reflejaba nuestro Código civil en su redacción original de 1871 en el art. 30 y subsiguientes, iniciando el Libro Primero expresando que “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones*”. Ahora lo hace el Código Civil y Comercial –en adelante CCC desde el art. 141.

Una postura lógica, frente a este fenómeno, sería la de comenzar el estudio del Derecho civil, por el estudio del “*Derecho de la Persona*”, el cual parece embebido dentro de *otros sectores*, como son el Derecho de Familia o el Patrimonio, lo cual conduce a una “*desautonomización*” del concepto de la “Persona”.

Se advirtió que la persona jurídica era una construcción artificial y ficticia afirmada a partir de una decisión política del Estado, es decir, un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio, incapaz de querer y obrar, para lo cual necesita representante, definiendo la persona jurídica como “*una creación del derecho, fundada en la realidad social, en virtud del cual grupos humanos organizados, en razón de sus fines, se encuentran investidos de personalidad*”⁵, que no tiene otro objetivo que es determinar los límites del marco normativo, bien distinto en cada país⁶.

La equivocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona moral ha traído aparejado en el ámbito del derecho un debate que aún hoy se mantiene con rigor como explica autorizada doctrina⁷. Nos hemos ocupado de la cuestión⁸.

⁵ FERRARA, Francisco *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, Madrid, 1929, pág. 313.

⁶ JUNYENT BAS, Francisco A. – RICHARD, Efraín Hugo “ARISTAS SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD SOCIETARIA (y la responsabilidad de administradores societarios)” en el libro colectivo “Temas de Derecho societario vivo” de AAVV, Edición de la Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, pág. 105 y ss..

⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Federico *La persona jurídica*, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1994, pags.138/141; GALGANO, Francesco, *Società por azione*, Bologna, 1986, p. 22 y ss.; ASCARELI, Tullio, “Personalità giuridica e problemi delle società”, en *Rivista delle Società*, año 1957; COLOMBRES, Gervasio, *Curso de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, 1972, pag. 53; OTAEGUI, Julio César en su disertación recibida en el libro colectivo *Anomalías societarias*, Advocatus, Córdoba, p. 106.

⁸ Nto. “PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a las Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Buenos Aires 4/5 de diciembre de 1986, - “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, San Miguel de Tucumán octubre 1987 “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL

1. Persona jurídica.

El concepto de persona 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 de “*sujeto de derecho*”, entendido este término en sentido abstracto, pues no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones; de deberes y de responsabilidades⁹.

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*” Personalidad¹⁰. Entonces parte del problema queda solucionado. Solo *es* persona el *Ser humano*, aunque personalidad pueden tenerla -porque el Ordenamiento se la reconozca- esas *ciertas colectividades por él creadas*.

2. Las relaciones de organización.

El catedrático español De Castro y Bravo¹¹ 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*”: “*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 personificadas*¹².

El sistema jurídico ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de cambio. Dentro de 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, incluso a través de

DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989; “LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Separata de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss.. Otros pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

⁹ 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.

¹⁰ CASTÁN TOBEÑAS cit., t. I, vol. 2º, pág. 114 y ss.; “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, a pág. 74; 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..

¹¹ DE CASTRO y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, reimp. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, pág. 22.

¹² Ntos. *Organización asociativa*, Ed. Zavalia Buenos Aires 1994, pág. 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).

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 días¹³. 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. 141 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"*¹⁴; 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 sociedad¹⁵.

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 jurídica¹⁶, 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 de esa organización – asociación, sociedad, y dentro de estas los subtipos o tipología de segundo grado: sociedad colectiva, anónima, etc.–.

Nos centramos 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. Al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se advierten aspectos propios, como son: a) la organización 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.

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 patrimonios¹⁷, 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*.

¹³ Nto. "La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso", publicado en AAVV *Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci. Y nuestros *Organización Asociativa*, Ed. Zavalía; *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 Cs. Sociales de Córdoba..

¹⁴ GUYON, Y.: *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, edit. 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.

¹⁵ 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"..

¹⁶ Nto. "NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA", en 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, pág. 407,

¹⁷ 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 esta formado por una agrupación de personas, sino por un "fin" a realizar. VALERO AGUNDEZ, U.: *La Fundación como forma de Empresa*, edit. SERVICIO DE PUBLICACIONES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID, Valladolid, 1969, p. 131.

El ente personificado por la ley está a disposición de la autonomía de la voluntad, que permite elegir la estructura personificada conveniente al negocio jurídico de duración y organizado a realizar, y cumpliendo los recaudos legales hacerla oponible a todos los terceros, acreedores individuales de los socios y de los terceros que se vinculen con el nuevo centro imputativo.

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 constituye 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.

3. Personalidad

La personalidad jurídica permite establecer una “organización autónoma” con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial, todo lo cual requiere estudiar sus antecedentes históricos.

Desde esta perspectiva, sostenemos¹⁸ que la idea de la personalidad jurídica se vincula a una modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

Del apartamiento de esa funcionalidad pueden resultar efectos especiales.

El CCC y las reformas a la Ley General de Sociedades –en adelante LGS- superaron las diferencias de criterios confundiendo la sociedad persona jurídica de la mencionada meramente como “sociedad accidental” que era un mero contrato asociativo no personificado, confundiendo la expresión sociedad en sentido estricto de sociedad en sentido lato¹⁹.

La persona jurídica es un medio técnico instrumental, un procedimiento técnico, un expediente jurídico de unificación de derechos y deberes alrededor de un centro, con un presupuesto fáctico o material que se exterioriza en una cierta pluralidad subjetiva y en la configuración de un patrimonio independiente que con una organización social específica tiene una finalidad propia. Tiene como soporte la noción de patrimonio propio.

La Sección 3ª y ya referida a la Persona jurídica Privada, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154 determina imperativamente “Patrimonio. *La persona jurídica **debe tener un patrimonio**. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”. 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,...”.

La base de la existencia autónoma de una persona jurídica es el patrimonio para imputarle directamente derechos y obligaciones generados por la representación orgánica.

El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personificación de las sociedades es una técnica de simplificación por centralización de todas sus relaciones jurídicas. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

¹⁸RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel, Derecho Societario, Astrea, Bs. As. 1999, pág. 20. Nto. “En torno al concepto moderno de sociedad” en Anuario de Derecho Comercial, Ed. Fundación de cultura universitaria, Uruguay, tomo 6, diciembre de 1993, pág. 75 a 90; “En torno al subsistema societario”. tomo 2 pág. 417. Ponencias al II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario; “En torno a la personalidad societaria”, en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande Octubre de 1992, Actas tomo I Pág. 190.

¹⁹ Nto. Relaciones de organización cit..

Anticipando aspectos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, que afrontaremos sobre el final de este ensayo, Jesús Alfaro Aguila Real **señala**²⁰: **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, 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 patrimonio es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el art. 143 “Personalidad diferenciada. *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.*”

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 contractual²¹,

²⁰ ALFARO AGUILA REAL, *Alfaro* “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i) | Nov 17, 2015 | [Derecho Civil](#), [Derecho Mercantil](#), [Lecciones](#) | [5 Comentarios en Almacén de Derecho](#)

²¹ GALGANO, Francesco *El negocio jurídico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia 1992, trad. esp., pág. 442.

pero aceptados por la ley quedan a libre acceso y configuración. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, extiende sus efectos a terceros, siéndoles "oponible" conforme los efectos previstos, con un nuevo sistema de imputación.

La existencia de patrimonios personificados requieren de una ley que autorice su constitución en función de un determinado fin²², conforme regla el art. 141 CCC.

Adviértase el carácter de institución 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 actividad²³.

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.

4. La normativa civil y comercial: el concepto de persona.

Conforme a lo expresado los artículos implicados en la concepción de persona van desde el referido art. 141 hasta el art.167 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 normativas sobre las relaciones de organización.

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.

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.

Pongamos atención en el fundamento y fin, en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones jurídicas, 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 pudiendo requerir la satisfacción al patrimonio del ente, al margen de la limitación o ilimitación de responsabilidad de los miembros.

Se justifica en el interés de organizar la empresa y garantizar a los terceros que se vincularon con la persona jurídica –sociedad en el caso- 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 está acotada por su uso racional.

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 miembros con derechos a ese patrimonio una vez satisfechos aquellos.

La cuestión se ha complejificado con pocas normas para las personas jurídicas públicas, y con una normativa general para las personas jurídicas privadas, que propiciábamos desde hace muchos años. El CCC prescribe en torno a personas jurídicas con mucho mayor detalle y generando una parte general omnicomprendensiva para las personas jurídicas privadas, acercando normas de la legislación

²² No ingresamos en el tema de la causa que guía a los constituyentes, pero entendemos que ella es la elección del tipo personificado para afrontar determinada empresa (objeto-actividad).

²³ URÍA, RODRIGO *Derecho Mercantil*, Madrid 1958 p.99.

societaria, que trataremos de seguido. A fin de brindar una regulación unitaria de la organización y funcionamiento de la titularidad plural de una empresa y correlativamente, para proteger los derechos de los terceros que contraten en ocasión de esa actividad, el sistema normativo propone como método de unificación de relaciones jurídicas: la personalidad jurídica. Se trata de una herramienta legislativa que autoriza a los particulares a crear un nuevo sujeto de derecho conforme los recaudos exigidos por la ley.

Centremos nuestra atención en los artículos que tienen vinculación con la temática de la responsabilidad, luego lo haremos con otros periféricos, como los relativos al patrimonio.

5. La normativa específica.

Hagamos un breve repaso de las nuevas normas.

“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”.

Se refuerza la tesis que el ordenamiento jurídico es el que impone la personalidad²⁴: 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-²⁵.

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 persona no son reconocidas como personas jurídicas.

“ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (...).”

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?²⁶. 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

²⁴ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel. Derecho Societario, cit. 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, Bs.As., 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”.

²⁵ Ntos. “Contratos Asociativos” en *Proyecto de Código Civil y Comercial Comentado*, AAVV, Dirección Julio Rivera, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012; “Contratos asociativos” en *Contratos Comerciales* Revista de Derecho Privado y Comunitario 2017/3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 21 de diciembre de 2017, pag. 295 y ss..

²⁶ “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.

existencia de la persona 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. Será un problema de prueba (arts. 21 a 26 LGS).

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 según 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 alcanzar la personalidad cuando se cumplan esos requisitos y recién allí generar efectos *erga omnes*. Antes la personalidad esta sujeta a prueba, tanto de los socios al invocarla entre si o frente a terceros, o cuando éstos intentan requerir prestaciones a la sociedad o a los socios con motivo de la relación con aquella.

Los Fundamentos del Proyecto CCC son importantes en ese aspecto.²⁷

“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”.

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 podrán 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.

²⁷ 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*”.

Sobre responsabilidad de sus miembros y administradores volveremos.

“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 será objeto de posterior referencia, apuntando que desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 in fine LGS, apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar de 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 EEUU 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.

“SECCIÓN 2ª. Clasificación.

ARTICULO 145. Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas.

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 omnicomprendivo 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.

“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 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.

“ARTICULO 150. Leyes aplicables. Las personas jurídica 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.

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*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social-²⁸.

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 sociedades²⁹, 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 ley 24522, en adelante LCQA. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades.

“SECCION 3ª. Persona jurídica privada....Parágrafo 2º Funcionamiento.

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 (...).

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 artículos precedentes encuentran su fuente en normas de representación orgánica de la legislación societaria³⁰ -arts. 58 y 59 LS-, y en orden 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 actual 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”³¹.

²⁸ “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....” CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa “Victor Carballude SRL sobre quiebra, que consideramos más extensamente más adelante.

²⁹ Nto. “NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA” en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña, España, cit. pág. 407.

³⁰ RICHARD – MUIÑO Derecho Societario, cit..

³¹ GARRIGUEZ, Joaquín – URÍA, Rodrigo Comentarios a la ley de sociedades anónimas, Madrid 1953, tomo I pág. 498; BARREIRO, Marcelo C. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” en *Tratado de los conflictos societarios*, AAVV Director Diego A.J. DUPRAT, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo I pág. 159.

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 11.683, 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.

“Parágrafo 3°. Disolución. Liquidación.

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

(...) c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo; (...) i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”.

Estas disposiciones específicas sobre disolución se establece como una forma de resguardar los intereses de terceros, mediante la protección del patrimonio de la sociedad como elemento real para satisfacer los pasivos. Sólo reproducidos las previsiones legales que, como las societarias, 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 disolución de sociedades de pérdida del capital social 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, LGS y CCC, se 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. Las personas jurídicas deben liquidarse antes de entrar en insolvencia.

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”.

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 acotado³².

II – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD

A los referencias genéricas del apartado anterior agreguemos ahora referencias específicas.

Corresponde realizar algunas apostillas sobre el patrimonio en relación a la responsabilidad, a lo que dedicaremos reflexiones, volviendo a ciertos aspectos derivados de la personalidad.

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 empresarial, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación³³, o aún

³² Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

³³ El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. Nto. “Patrimonio y capital social” pág. 103 y ss. -especialmente a pág.106- en el libro Derecho y principios societarios, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. 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”, en Abeledo Perrot, Buenos Aires Noviembre 2008, n° 11 p. 1243, jurisprudencia anotada.

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 derecho³⁴.

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).

En tema de responsabilidad es fundamental, ante la separación del patrimonio de la persona jurídica de sus constituyentes, pues el límite de responsabilidad de éstos o de quiénes 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 societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución “pérdida total del capital social”, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³⁵, con “una función *preconcursal* o *paraconcursal*”³⁶.

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

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*”.

Luego, en el art. 163 CCC determina como causal de disolución “c), la referida “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 modo³⁷.

Para evitar asumir responsabilidad “la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*”³⁸. Es la previsión genérica del art. 94.5 LGS, que son tomados por los dos artículos que acabamos de poner de resalto.

Justamente el art. 167 CCC 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. Hemos distinguido³⁹: (a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con

³⁴ URÍA, Rodrigo *Derecho Mercantil* Madrid 1958 p. 99.

³⁵ 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. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves” págs. 1009 a 1013.

³⁶ Díez ECHEGARAY, José Luis Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, 2006, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra. pág. 387, considerándola también como anticoncursal.

³⁷ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO) 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

³⁸ FIORENZA, Alejandro Ignacio “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, especialmente pág. 310.

³⁹ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “**LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS**”, publicado en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947, donde se formalizó la Nota del Editor: La escuela comercialista de Córdoba, a través de dos de sus tradicionales figuras, plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada como en el caso lo hace: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes.

estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables. (b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables⁴⁰. Los alcances de la responsabilidad de los socios también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurrir en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros⁴¹, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros⁴². Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros.

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 sociedad.

Se viola la norma imperativa de tutela de los terceros cuando ante la pérdida del capital social, evidenciada en la aprobación de un balance quedando exteriorizada la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS. y abriéndose la etapa de liquidación, salvo que el capital se reintegre o se capitalice la sociedad (art. 96 LGSC), en ambos casos por decisión del órgano de gobierno. Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

Constatada la existencia de una persona jurídica, no por ser meramente persona, se hace necesario considerar las relaciones internas y externas:

a) En las relaciones externas la responsabilidad del patrimonio por obligaciones sociales, creando el débito social, en favor de terceros acreedores de la persona jurídica, para rechazar la agresión paralela de acreedores individuales de los integrantes.

b) En las relaciones internas la indisponibilidad por los partícipes y sus acreedores del patrimonio de la persona jurídica, incluyendo el aporte.

III - RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA Y DE SUS MIEMBROS.

Resulta determinado que la persona jurídica, particularmente las sociedades responden de todas las obligaciones que puedan imputársele con su exclusivo patrimonio. Los socios, cualquiera sea la responsabilidad por el tipo social o estructura personificada no responden de las obligaciones sociales.⁴³

1. Responsabilidad penal.

La reciente ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas n° 27.401 implementando un programa de integridad (“compliance”) trajo a debate una cuestión académica. Como delimitamos, por exceder el propósito y límites de este ensayo, no ingresamos en el análisis de aspectos de esa responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no desconocemos que las mismas pueden ser objeto de punición a raíz de delitos económicos⁴⁴. El principio clásico de derecho penal cuestiona la existencia de voluntad intencional de una persona jurídica para delinquir, sino que su actuación es a través de personas humanas. Esta ley supera dicho aspecto en relación a delitos

⁴⁰ ZUNINO, Jorge, *Disolución y liquidación*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 286.

⁴¹ ZUNINO, J., “*Disolución...*”, op. cit., p. 287.

⁴² ZALDIVAR, ENRIQUE; MANOVIL, RAFAEL; RAGAZZI, GUILLERMO y ROVIRA, ALFREDO, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, y otros, p. 299

⁴³ Nto. “CONCURSOS DE SOCIEDADES: ‘ACUERDOS’ Y CORTE SUPREMA”, en *RECURSOS EXTRAORDINARIOS – DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA*, AAVV Directora Angelina Ferreyra de de la Rúa, Coordinadora Mariana A. Liksenberg, Edición Advocatus, Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, Córdoba, diciembre 2016, pág. 461.

⁴⁴ PALIERO, Carlos Enrico “La sociedad penada: como, por qué y para qué. Sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica” en *Revista de Derecho* n° 8 de la Universidad Católica de Uruguay, Uruguay 2013, pág. 171 y ss..

cometidos a través de la autoridad estatal, nacional, provincial o municipal, y por supuesto en perjuicio de dichas administraciones públicas. Se sanciona a las personas jurídicas privadas con o sin participación estatal por: delitos de cohecho (sobornar a un funcionario público), tráfico de influencias, nacional o transnacional; negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión (exigir una dádiva o contribución ilegalmente y quedarse con ese beneficio u otorgarlo a una tercera persona), enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos que utilicen para ellos o terceros informaciones reservadas conocidas en razón de su cargo o se enriquezcan ilegalmente en forma directa o a través de una persona interpuesta (testaferro); balances e informes falsos agravados para ocultar sobornos a funcionarios públicos. Las sanciones pueden ser de multas, suspensión de actividades, disolución, liquidación; en estos dos últimos casos cuando hubiese sido creada para la comisión del delito o esos actos constituyeran su principal actividad. Estas sanciones no podrán ser ordenadas por el juez cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, una obra o servicio en particular. Para graduar las penas se tendrá en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado, entre otros aspectos en muchos casos vinculados al código de conducta –compliance–, que será necesario para la obtención de concesiones de servicios públicos y contrataciones con el Estado de monto elevado.

El art. 19 LGS, sanciona con mayor rigor aún a las sociedades por actividad ilícita imponiendo su liquidación y generando responsabilidad civil, configurando una sanción penal económica y administrativa.⁴⁵ Haremos alguna referencia a esta última norma al final de este ensayo.

2. Limitación de responsabilidad civil.

Así como nombre, domicilio y órganos corresponden a una *estructura específica*, la limitación de responsabilidad también corresponde a ella. Hemos tipificado las personas jurídicas privadas, las estructuras específicas a las que nos referimos corresponde a una tipología de segundo grado, o sea al tipo de sociedad o de asociación elegido por los constituyentes para reglar sus relaciones internas y externas.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial, es decir a distinguir entre el patrimonio activo y pasivo de la sociedad y el de los socios. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado.

El 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 pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”

La sociedad que se genere por declaración unilateral de voluntad tendrá el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades⁴⁶, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma.

⁴⁵ Nto. “PROYECTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE SOCIEDADES Y DE EXTINCIÓN DE DOMINIO: ¿Y EL ART. 19 DE LA LEY DE SOCIEDADES VIGENTE DESDE 1972?”, en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina).

⁴⁶ “LA PERSONALIDAD JURÍDICA, EN EL DERECHO ESPAÑOL” cit. III.6.2.- *La personificación de las sociedades unipersonales*. p.121. Sin embargo, España -y la Europa Comunitaria- han optado por la técnica 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

La ley aprobatoria del CCC modifica la LGS, cuyo art. 1° autoriza a constituir sociedades por declaración unilateral de voluntad. Formas de negocios en participación serán otra técnica para que una persona desenvuelva múltiples actividades asociativas generando centros patrimoniales sin desdoblar la personalidad.

2.1. Patrimonio neto negativo.

La continuidad del giro social cuando ha sido constatada la existencia de patrimonio neto negativo podría desencadenar la responsabilidad de los socios conforme al texto del art. 99 LGS.

Esta posición que hemos expuesto hace años, se afirma a través de la sistemática impuesta por el art. 2 Código Civil y Comercial (CCC), y los arts. 150 y 167 in fine CCC.⁴⁷

Retieramos que la responsabilidad general de todos los socios se determina por el tipo de sociedad elegido, esa responsabilidad es siempre subsidiaria, aun cuando sea solidaria o mancomunada, a tenor de lo dispuesto por el art. 143 CCC y 56 LGS, aunque la sentencia contra la sociedad haga cosa juzgada frente a los socios. Es la responsabilidad social que surge de esa tipología de segundo grado del tipo elegido por los constituyentes de la persona jurídica.

Un tema fundamental es aceptar que la responsabilidad de los socios no necesariamente se agota en esa “responsabilidad social”, pues puede generarse responsabilidad, no necesariamente a todos, conforme a los principios generales de la responsabilidad: que una conducta culposa o dolosa de alguno de ellos, antijurídica, por acción u omisión, cause un daño.

En la ley societaria se advierten numerosas normas que se apartan de la “responsabilidad social” para integrarse con un sistema de responsabilidad general, que no puede atribuirse a todos los socios sino a los que se les impute esas conductas, por ej. Arts. 19, 54, 99 LGS.

2.2. Las normas imperativas.

Para determinar el grado de obligatoriedad de conductas de cuyo apartamiento puede resultar responsabilidad si resulta daño, debemos referirnos a que normas imponen conductas a administradores y particularmente socios.

El art. 150 CCC –al que hemos hecho referencia- determina una prelación de normas, disponiendo que “Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código”.

Las normas que tutelan el patrimonio social, su consistencia para evitar daños a terceros, constituyen normas imperativas. Numerosa doctrina así lo ha considerado, particularmente la pérdida del capital social y 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. En tal sentido los art. 154 CCC sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, el art. 163 ap. c) e i) CCC sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto

responsabilidad patrimonial universal, de los empresarios; razón por la cual es preciso ofrecer algunas garantías legales, normativamente previstas para evitar posibles abusos.

⁴⁷ BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS” citado.

por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y el art. 11 inc. 4° LGS sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, y el art. 94.5 LGS que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. Las pérdidas deben soportarlas los socios conforme el art. 1° LGS.

Se verá que el art. 12 CCC distingue orden público de normas imperativas. Respecto al primero para impedir puedan dejarse de lado, y respecto a ambos supuestos para sancionar el fraude a la ley. La distinción es superflua en cuanto a la existencia de fraude a la ley

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

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las sociedades⁴⁸ reconocen esos límites. “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”.

Estos autores sostienen 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, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables, tales como: “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; ... No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad 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, indisponibles. Hacen a la limitación de responsabilidad y a la protección de terceros.

Es nada menos que la “función de garantía del capital social” a la que estamos poniendo de resalto como una línea roja que impone conductas. Es una función distinta a la de “productividad o funcionalidad” del capital social sobre la que se ha escrito mucho a través de la teoría de la “infrapatrimonialización material”. Pero la función de garantía hace a un problema patrimonial: el pasivo social no puede ser igual o superior al activo social. Esta función de garantía funciona también en las legislaciones que autorizan la “one dollar corporation” o “one pound company”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial⁴⁹.

⁴⁸ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

⁴⁹ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

Correlativo con ello individualizamos la disposición del art. 99 LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LGS como opción imperativa para los socios.⁵⁰

En ese punto resulta esclarecedora la previsión del art. 167 CCC, sin duda una norma imperativa. Esas interpretaciones que nos unen han recibido una ratificación en normativa específica, conforme norma imperativa del CCC, que se refunde con esa norma imperativa del art 99 LGS, conforme lo dispuesto por el art. 150 CCC, la parte final del art. 167 CCC referida a una cuestión similar a la prevista por aquella norma societaria: la continuidad del giro sin iniciar la etapa de liquidación ni remediar la causal de disolución: con la responsabilidad consiguiente: *“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”*.

Una norma que se afilia a la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva, donde debe existir un daño, pero existente éste, la norma señala claramente la antijuridicidad y el vínculo causal, como así también la conducta omisiva o activa que le genera la imputación.

La única duda que podría existir es si ambas normas son compatibles. Ello no ocurriría si el art. 99 LGS, de prelación indudable, descartara la posibilidad de aplicar la otra norma imperativa que sólo sería aplicable “en su defecto”. Pero todo lo contrario, esa norma del CCC perfecciona la inteligencia de la norma societaria, en congruencia de como la ha interpretado la doctrina y hemos referido en párrafo precedente. “Defecto” conforme el Diccionario de la Real Academia es “a falta de algo, especialmente de algún requisito”. Y justamente viene a llenar la expresión “en su caso” de la primera norma, dándole alcance y contenido exacto, absolviendo a los socios que no tuvieron tal conducta e imputando la responsabilidad a aquellos de cuya omisión u acción se generó el daño.

Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS⁵¹ ampliando el original.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando conforme la opción imperativa que otorga a los socios el art. 96 LGS. La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Esta norma de remoción, art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad. ¿Puede ser desoída?

¿Podrían los constituyentes de una sociedad pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por los acreedores? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribirla con tal cláusula? Y si se la hubiera rechazado, eliminándola del Estatuto, podrían los socios en el momento de aprobarse un balance del que surgiera la constatación de la pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, disponiendo que la sociedad sea concursada y se requiera una quita a los acreedores? Esas cláusulas generarían su nulidad absoluta al decir de Van Thienen, lo que corroboran los arts. 386/7 CCC.

⁵⁰ Nto. “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN”, en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, Revista Electrónica en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

⁵¹ 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades 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 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 sociedad⁵².

2.3. Normas imperativas y derecho concursal. La preconcursalidad.

El punto ha sido subrayado por la doctrina: “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”.⁵³

E. Daniel Truffat⁵⁴ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del Título Preliminar del CCC: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales 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”*.

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados⁵⁵. La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales⁵⁶. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado⁵⁷, basadas en esa función de garantía.

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, incluso las que impiden ciertas acciones concursales en caso de pérdida total del capital social⁵⁸.

⁵² 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, n° 6059 bajo nuestra dirección, págs. 24 y ss. específicamente pág. 27.

⁵³ RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en publicación citada en nota anterior, específicamente pág. 34.

⁵⁴ 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”

⁵⁵ Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

⁵⁶ PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad 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.

⁵⁷ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

⁵⁸ Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

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, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

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 –que impone el art. 2 CCC, 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”⁵⁹.

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”. Al calificar al concurso como “última ratio preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para la crisis en forma preventiva.

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, 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 si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros –que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis. El art. 43 LCQ acepta las propuestas de “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

Desde hace mucho sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal⁶⁰.

Esta es la base normativa de la atención de la crisis de las sociedades que, en casos, puede tener aplicaciones ambiguas pero que, en ningún caso, pueden llegar al abuso de derecho, o peor aún configurar un fraude a la ley.

Si el patrimonio de la sociedad sólo está en cesación de pagos, la quita en la propuesta, o en el acuerdo logrado por mayoría, implica cuando menos un abuso de derecho, y un fraude a la ley si se ha perdido el capital social, pues en tal caso la LGS impone a los socios la liquidación, salvo reintegro de ese capital o la capitalización de la sociedad.

Correlativamente, ante la crisis de las sociedades, pueden alentar a los acreedores sociales a compartir el riesgo aceptando capitalizar sus obligaciones, frente a la viabilidad de aquellas.

Para ello deberán también asistir a todos estos actores en el desenvolvimiento de la empresa en crisis, en la formulación de planes de factibilidad, reorganización y eventuales resultados.⁶¹

⁵⁹ 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.

⁶⁰ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en SUMMA SOCIETARIA Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios. Obviamente que la LCQA autoriza el concurso de una sociedad en liquidación, constituyendo una forma de proteger los valores de la empresa en marcha, sin perjuicio de la liquidación de la persona jurídica societaria.

2.4..Artículo 99 de la Ley General de Sociedades (LGS)

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho⁶². Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando—pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generará daño—. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quienes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC⁶³. Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adotar las decisiones previstas en el art. 96 LGS.

Si hay “recomposición” del capital social o su reintegración o aumento desaparece todo problema, aunque hubiere demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores, satisfaciendo las obligaciones sociales.

Si esa recomposición no se decide, y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró —o debió registrar— la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas⁶⁴ y esperas en un proceso concursal⁶⁵. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

Conforme a estos enfoques resulta importante determinar el alcance del art. 99 LGS, que no ha sufrido modificaciones. Así en algún supuesto se sostiene que: a. La responsabilidad no se configura en relación a los nuevos acreedores insatisfechos, sino ante la insolvencia posterior de la

⁶¹ PALAZZO, Carlota “El art. 100 de la ley 19.550 como herramienta preconcursal”, pag. 173 y ss. Estudios de Derecho Empresario n° 14.

⁶² VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

⁶³ Art. 167 CCC “LIQUIDACION Y RESPONSABILIDAD...resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, **conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten** adoptar las medidas necesarias al efecto.”

⁶⁴ La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito (nto. “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en Doctrina Societaria y Concursal” ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII pág.933 Setiembre 2011), y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

⁶⁵ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.Aires 2012, t. I pág. 1449.

sociedad. b. La responsabilidad es por no haber satisfecho o intentado satisfacer –en un marco concursal por ejemplo- una obligación anterior que al no localizarse bienes de la sociedad, genera un daño por la insolvencia de la misma. c. La aplicación de la norma es por cualquier causal de disolución, obviamente por los que a la postre resulten acreedores impagos. d. La imprecisa referencia del último párrafo del art. 99 respecto a la responsabilidad de los socios (o accionistas agregamos) “sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”, plantea la necesidad de una debida interpretación.

La norma impone una responsabilidad ilimitada y solidaria a los administradores, que ante la causal de disolución, solo deben atender asuntos urgentes y tendientes a la liquidación., lo que exterioriza una doble interpretación de los alcances del precepto: (i) que es una sociedad irregular o de hecho, y (ii) que no es irregular, sino que continúa con las características de la sociedad originaria, y que se trata únicamente de una sanción a los administradores⁶⁶. Una parte de la doctrina sostiene que la sociedad ante la causal de disolución y no liquidada conforme a derecho, se habría vuelto irregular.

De esta postura participan: Nissen: ya que sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación⁶⁷, FARINA⁶⁸, NISSEN⁶⁹, ARECHA, GARCÍA CUERVA⁷⁰, y SASOT BETTES⁷¹. Se sostiene que continuando la actividad la sociedad deviene irregular⁷², y que ello acontece desde que se produjo la causal de disolución. No es una sociedad diferente de la disuelta y que deviene irregular sino que es la misma⁷³, que es continuación de una sociedad regular en irregular y que la ley aquí, obra con carácter sancionatorio⁷⁴, que la ley agrava la situación de los administradores y por ello deviene irregular⁷⁵.

Esa posición ha perdido hoy sustento, pues no hay sociedades irregulares, y en aquellas que no hubieran cumplido requisitos de forma la responsabilidad sería mancomunada (art. 24 LGS). Por ello cobra fuerza la postura descartando la precedente interpretación, basados en la especialidad de la norma del art. 99 LSA. Participan de esta posición ETCHEVERRY⁷⁶, ZALDÍVAR⁷⁷, QUINTANA

⁶⁶ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, 2ª. Edición Buenos Aires 2011, tomo II comentario Art. 99. ⁶⁶

⁶⁷ NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* 3ª edición, pág. 985 y ss..

⁶⁸ FARINA, JUAN M., “*Tratado de Sociedades Comerciales*”, Ed. Zeus, Rosario, 1980, Parte General, ps. 283 y 484.

⁶⁹ NISSEN, RICARDO A., “...Dos cuestiones vinculadas con la disolución de sociedades mercantiles por vencimiento del plazo contractual”, ED, 89-383

⁷⁰ ARECHA, MARTÍN, GARCIA CUERVA, HÉCTOR, “*Sociedades Comerciales. Análisis y comentario de la ley 19.550 y complementarias*”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 168

⁷¹ SASOT BETTES, MIGUEL y SASOT, MIGUEL, “*Sociedades anónimas*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 320.

⁷² CNCom., Sala B, Olimpo S.R.L., 22/02/1977. (www.csjn.gov.ar) Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.001.001. Sumario N° 2: La disolución de la sociedad por el transcurso del término por el cual fue constituida opera automáticamente e impone su liquidación. De este modo si ha continuado su gestión lo hizo como sociedad irregular (art. 21), por lo que la sociedad cuya inscripción se requiere es una nueva sociedad, una persona jurídica distinta de la anterior, y la adquisición que ella hace del fondo de comercio que explota la primera debe cumplirse con los requisitos establecidos en la ley 11.867

⁷³ NISSEN, R.: “No se trata de una sociedad irregular diferente a la sociedad disuelta, sino que era la misma sociedad, pero cuyo socios no podían invocar las cláusulas del contrato social, por haber perdido vigencia como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutoria, cláusulas que sólo podían ser invocadas hasta la extinción de la sociedad, sólo si la misma entraba efectivamente en el período liquidatorio”, “*Ley de Sociedades Comerciales. Comentada, anotada y concordada*”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, t. 2, p. 242.

⁷⁴ FARINA, J., “*Sociedades Comerciales*”, Parte General, ps. 283 y 484

⁷⁵ ARECHA, J., y GARCIA CUERVA, H.: Cuando los administradores no adoptan las medidas para iniciar la liquidación “...les agrava la responsabilidad, porque la sociedad en tales condiciones se convierte irregular...”, “*Sociedades Comerciales*”, p. 168.

⁷⁶ ETCHEVERRY, RAÚL A., “*Sociedades irregulares y de hecho*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 178.

⁷⁷ ZALDIVAR, ENRIQUE; MANOVIL, RAFAEL; RAGAZZI, GUILLERMO y ROVIRA, ALFREDO, “*Cuadernos ... cit. t. III, vol. cuarto*, p. 298.

FERREYRA,⁷⁸ ROMERO, RICHARD y ZUNINO⁷⁹. Entienden que la sociedad durante el período de liquidación conserva plenamente su “personalidad” (v. art. 101 L.S.C) y además se rige por las normas correspondientes a su tipo y conserva durante ese período los mismos caracteres que tuvo durante su vida activa, en especial la limitación de responsabilidad de sus socios según el tipo. Si no se observan las exigencias legales, se producen sanciones. Así, primero a los administradores, y si hubiere consentimiento de los socios se los hace pasibles de responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos que se hubieren continuado desarrollando después de la disolución. El art. 99 impone al administrador incumplidor, la sanción de constituirlo en responsable *ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios*^{80[15]} por las obligaciones que se hubieren contraído durante este período⁸¹.

José Ignacio Romero⁸² ya descartaba la irregularidad, sosteniendo –como lo hiciéramos en ponencia compartida en el Congreso de 1977⁸³[-, que se trata de un problema de responsabilidad, conforme a la expresa previsión del supuesto en el art. 99 LS, con amplio análisis de jurisprudencia, doctrina nacional y extranjera. No hay duda de la tendencia de la jurisprudencia a calificar de irregular a la sociedad, pero los argumentos de Romero destruyen la posición. La cuestión tiene dos análisis, entre los socios y frente a terceros, y respecto a éstos lo fundamental –como venimos predicando- es la satisfacción de las obligaciones contraídas, pues el daño para poder reclamar por responsabilidad resarcitoria, se genera si el patrimonio social es insolvente, o no se localizan bienes de la sociedad, o si por omitir el proceso liquidatorio no es posible o se ha dificultado a los terceros el cobro de sus acreencias.

Se suele sostener, ante la constatación o declaración de una causal de disolución, que “se extingue la sociedad” y de allí, si continúa operando, se trata de una sociedad de hecho o de una sociedad irregular. ¿Pero entre quiénes? Obviamente no podría involucrarse a los socios que no tomaron conocimiento de esa situación. Ante la expresa disposición del art. 99 LGS debe descartarse esa vieja posición jurídica, pues no se registran irregularidades devenidas.⁸⁴

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello”⁸⁵. Reiteramos que, respecto a los socios, la norma agrega *sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*. La responsabilidad de administradores y de los socios, que consientan la continuidad, se genera por los daños que puedan producirse. Resulta así de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad: reza el art. 99 “*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*

⁷⁸ QUINTANA FERREIRA, FRANCISCO y otros “Carácter de la sociedad cuyo plazo de duración ha fenecido”, en “Primer Congreso de Derecho Societario”, t. I, p. 511.

⁷⁹ ZUNINO, Jorge, *Disolución ... cit.* p. 283.

⁸⁰ SCBA, Isa Mario Luján c. Automotores Privar S.R.L. s/Ejecución de honorarios., 09/06/1998. CC0100 SN 98.1239 RSD-112-98 S. www.scba.gov.ar/juba: Los actos posteriores a la disolución de la sociedad, ajenos al proceso de liquidación, son los que generan la responsabilidad ilimitada y solidaria por tales actos y no la demora en proceder a tal liquidación. Tal demora los hará responsables ilimitada y solidariamente sólo en caso de que ella hubiere perjudicado a los socios y terceros. CNCom., Sala C, Jeralco S.C.A. c. Dyaa Inmobiliaria S.R.L., 19/09/1976, Ed. Errepar, Sociedades, t. II, p. 022.002.001. Sumario N° 12: Disuelta la sociedad se considera existente a los fines de su liquidación, limitándose el uso de la firma social a la facultad de liquidar o contraer obligaciones que tiendan a ello. Todo lo ajeno a ello hace responsable solidaria e ilimitadamente a los administradores respecto de terceros

⁸¹) CCiv. y Com. San Martín, Sala II, Pappalardo de Paniza, Elsa A. c. Fillipelli, Claudia y otra, 29/11/1988. www.laleyonline.com.ar: Producida la disolución de la sociedad y a partir de ella, los administradores sólo deben atender los asuntos urgentes —entre ellos la conclusión de los contratos en curso— y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Cualquier operación ajena a esos fines los hace ilimitada y solidariamente responsables, no sólo ante terceros sino ante los propios socios.

⁸² Romero, José Ignacio, *Sociedades irregulares y de hecho*, 2ª. Edición AbeledoPerrot, Buenos Aires 2012, pág. 314

⁸³ Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, 1977, tomo I pág. 298.

⁸⁴ RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel, “Derecho Societario” 2ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires 2007, tomo 1 pág. 369.

⁸⁵ ROITMAN, Horacio y colaboradores *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada* Editorial La Ley, Buenos Aires 2006, tomo II pág. 491.

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.”

Constatada la causal y no tratada ni revertida, los administradores asumen responsabilidad. La mera presentación de balances anteriores donde conste la pérdida del capital social y haber puesto a consideración de los socios el reintegro o aumento, pretendiendo la solución concursal, genera esa responsabilidad por las operaciones posteriores. Los socios al ratificarla sin haber asumido previamente las conductas previstas en la ley de sociedades parecería que también han asumido esa responsabilidad.

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria* hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período⁸⁶. Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios⁸⁷.

En momentos que legislación y posiciones doctrinales, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción⁸⁸. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principio "rector", sostiene la doctrina, es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios⁸⁹. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁹⁰, señalándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁹¹.

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobrepasado la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

Como señaló la jurisprudencia⁹² “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor

⁸⁶ SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a los administradores ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

⁸⁷ CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisble la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquélla conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

⁸⁸ Nto. “¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE)”, en n libro colectivo AAVV “Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos”, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Bs.Aires 2010, págs. 3 a 78.

⁸⁹ MIOLA, MASSIMO “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6. pág. 1310

⁹⁰ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

⁹¹ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

⁹² Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446.

manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”, y –eventualmente- la capitalización del pasivo.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario. Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

Aún cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está prevista en LGS: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio (art. 197 LGS).

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución –normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

La capitalización puede tener múltiples matices y soluciones⁹³, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Como destaca Baracat⁹⁴, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reeditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*⁹⁵. Allí sosteníamos nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad. El art. 167 CCC in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS.

Nos resultó muy interesante el voto de la Dra. Porta en el caso “ARANCIBIA, Nora c/RODRIGUEZ, Ricardo Marcos y otro – ej. de créditos laborales” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III del 22 de septiembre de 2008⁹⁶ por cuanto a las clásicas referencias a los arts. 54, 59, 157, 274 LGS ante transferencia de cuotas e inexistencia de bienes en el patrimonio de la sociedad, apuntadas por el Dr. Guibourg, agrega “...la pérdida del capital social (art. 94 incs. 4 y 5)...sino también por lo que establece el art. 99 párrafos 1 y 2...” para evitar reesponsabilidad, enrolándose en nuestra posición.

⁹³ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate., etc..

⁹⁴ BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

⁹⁵ En libro colectivo *Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II pág. 1397.

⁹⁶ MJ-JU-M-39249-AR | MJJ39249

La doctrina⁹⁷ ha interpretado que la referencia en forma inequívoca está aludiendo al consentimiento de los socios a los actos realizados por los administradores en este período.

Resulta claro que si la sociedad deviniera en irregular, todos los socios o accionistas serían responsables, justamente por esta irregularidad devenida, sin importar el tipo societario. Distinta es la situación de los socios en la interpretación que formalizamos del art. 99 LGS, pues debe distinguirse:

(a) Socios que conocieron, consintieron o se beneficiaron con estos actos. La ley no hace distinción y creemos que en los tres supuestos son solidariamente responsables.

(b) Socios que desconocieron la situación, sea porque aquellos que se beneficiaron se lo ocultaron, o porque simplemente no tuvieron conocimiento. Entendemos que en estos casos no pueden ser pasibles de responsabilidad, y que gozan del principio de limitación según el tipo. Si se aceptare que la sociedad deviene irregular, todos serían solidariamente responsables⁹⁸.

Los alcances de la responsabilidad de los socios también adquieren dos posiciones en doctrina: (i) quienes entienden que los socios que incurren en esta causal, son responsables hacia los demás socios y los terceros⁹⁹, y (ii) los que sólo lo limitan a los terceros¹⁰⁰. Entendemos que la norma es clara y se refiere sin distinción hacia socios y terceros.

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 sociedad.

Se viola la norma imperativa de tutela de los terceros cuando ante la pérdida del capital social, evidenciada en la aprobación de un balance quedando exteriorizada la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS. y abriéndose la etapa de liquidación, salvo que el capital se reintegre o se capitalice la sociedad (art. 96 LGSC), en ambos casos por decisión del órgano de gobierno. Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

El daño aparece específicamente en caso de insatisfacción de terceros acreedores, lo que evidencia la insolvencia de la sociedad y permite avizorar entonces, la pertinencia de las acciones resarcitorias por el daño generado.

El efecto responsabilisatorio que impone la norma del art. 99 LGS, alcanza a los socios que consientan el giro social con posterioridad a la constatación de la existencia de una causal de disolución u se omita el trámite liquidatorio, con el consiguiente daño a los acreedores. Todo un sistema imperativo para excluir daños.

No resulta posible promover acciones de responsabilidad contra un socio con responsabilidad limitada per se¹⁰¹, o sea por su “responsabilidad societaria conforme al tipo”. No significa nuestra postura ampliar la responsabilidad de administradores societarios y socios. La responsabilidad de los

⁹⁷ QUINTANA FERREIRA, F. y otros, “Carácter de la sociedad...”, cit. p. 512

⁹⁸ ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 286.

⁹⁹ ZUNINO, J., “Disolución...”, op. cit., p. 287.

¹⁰⁰ ZALDIVAR, ENRIQUE y otros, “Cuadernos...”, op. cit., p. 299

¹⁰¹ Puede verse la posición similar en RICHARD, E.H. y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario*, cit. pág. 543 y ss.. Con mayor profundidad lo hemos hecho en *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal* marzo 2002 tomo XIII p. 887, y en *Daños causados por la insolvencia societaria (vías no concursales de reparación)* como capítulo XXVII p. 657 del Libro Colectivo “Derecho de Daños Quinta parte Daños causados en el derecho comercial, Libro en Homenaje de Isaac Halperin y Carlos Zavala Rodríguez, Editorial La Roca, Buenos Aires junio 2002, correspondiendo a un trabajo entregado el 31 de mayo de 2000.

socios a la que aludimos surge recién y claramente de la normativa del art.99 LGS, o sea por una conducta antijurídica de la cual resulte daño.

Un tema que impone repensar ante lo expresado precedentemente, es el caso de la sociedad que se concursa y los socios –todos o una mayoría necesaria- ratifican esa presentación en concurso¹⁰² conociendo la causal disolutoria de pérdida del capital social, por haber intervenido en la reunión del órgano de gobierno donde se aprobó un balance con patrimonio neto negativo, sin justificación alguna que indicara que esa pieza contable –tan revalorizada por el art. 320 CCC-, no representa adecuadamente valores del activo por imposición legal de no actualización, por ejemplo.

La situación se cualifica si el órgano de gobierno formaliza una propuesta de acuerdo en un concurso o de cualquier forma se logra un acuerdo con quita, pues si hay pérdida del capital social de tal abuso y de fraude a la ley societaria resultaría responsabilidad¹⁰³.

La determinación del sujeto damnificado, legitimado para accionar por la reparación, surge de identificar a quien ha sufrido el daño o perjuicio y permite la división de las acciones de responsabilidad en social o individual. En la segunda se legitima a los terceros individualmente, y no depende de ningún trámite previo, configurando una acción extraconcursal. El efecto novatorio previsto en el art. 55 LCQ no favorece a terceros obligados no concursados.

Si la sociedad que ha perdido su capital, es declarada en quiebra, ¿Sería viable también la acción de responsabilidad que prescribe el art.173 LCQA, en contra de algún socio, que hubiese conocido la causal de disolución de pérdida del capital y hubiese consentido la realización de actos ordinarios del giro comercial de la sociedad? Los argumentos precedentes generan la respuesta.

IV – RESPONSABILIDAD E INOPONIBILIDAD.

Ante la división patrimonial se impone referirse a la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica, frente al abuso del control de la funcionalidad societaria, perjudicando a la sociedad, a otros socios o a terceros. Respecto a éstos últimos particularmente por la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales.

Esta otra vía permite responsabilizar al que generó daños.

Es fundamental recordar que así como se accede a la personalidad generando por la autonomía de la voluntad una sociedad u otro ente reconocido como persona jurídica por el ordenamiento, esa personalidad sólo extingue cuando se ha producido la liquidación y extinguido todas las relaciones obligacionales generadas durante la existencia de la persona jurídica.

La conducta “torpe” de los socios en cuanto produzca daño a la sociedad aparece atrapada en el art. 54 de la LGS –en sus tres párrafos-, y ahora en el art. 144 CCC, similar al último párrafo de aquella norma, generalizando para todas las personas jurídicas. Esto está vinculado con las previsiones de asegurar la reparación del daño a través de formas de extensión de la responsabilidad.

Podríamos comparar el art. 54 LGS relativo a los socios, con lo que el art. 59 es a los administradores. Unos y otros deben respetar la sociedad que integran y/o administran y la infracción a la normativa societaria o, en su caso, el daño a terceros, los hace responsables en forma personal y solidaria.

¹⁰² RICHARD, Efraín Hugo y BORGARELLO, Luisa Isabel, “Legitimación para formular propuestas de acuerdo imputables a sociedades comerciales”, VI Congreso Argentino de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano sobre la Insolvencia, Rosario (R.A.), T. 1, pág. 763

¹⁰³ RICHARD, Efraín Hugo y VEIGA Juan Carlos, “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. tomo 1 pág. 367. La evolución de este pensamiento, particularmente con las previsiones de los arts. 2, 12, 150 y 167 CCC puede verse en www.acaderc.org.ar

Esa norma establece: “*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*”.

Debemos entender que se extiende la responsabilidad al controlante de la persona jurídica en todos aquellos casos de daño doloso o culposo y, en especial, cuando se han aplicado fondos o efectos de la sociedad para uso personal o de terceros.

Analicemos las causales y su vinculación con el específico art. 54 ter LS para las sociedades.

El tercer apartado del art. 54 LS regula la inoponibilidad de la persona jurídica al puntualizar que “*la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o 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*”.

Este último caso, es el clásico “abuso de la persona jurídica” por parte de los socios o de los controlantes. Esa imputación directa –salvo supuestos excepcionales– es para satisfacer la obligación incumplida por la sociedad, cuando la misma ha sido abusada.

Los presupuestos de ambas normas, del CCC y LS hacen referencia a la actuación de responsables en tres supuestos:

Que encubra la consecución de fines extra societarios o ajenos a la persona jurídica.

Que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe.

O para frustrar derechos de terceros.

La expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la persona jurídica o sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias¹⁰⁴.

El accionar de la sociedad que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe engarza con la doctrina del abuso del derecho, pero es mucho más amplia.

Es de notar que la violación de la ley entendida como norma imperativa tutelante del orden público, afecta el interés general mientras que la violación a la buena fe agrede, en principio, un interés particular.

La actuación de la persona jurídica que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe se refiere al caso en que se utilice a la misma societaria en detrimento de un interés general o particular, extendiéndose la responsabilidad al miembro o controlante abusador¹⁰⁵.

La acción social legítima a la sociedad, en cabeza de los administradores y también a los socios *uti singuli*.

Lo afirma la doctrina más calificada¹⁰⁶ advirtiendo que se trata de una acción social en defensa del patrimonio de la persona jurídica que debe ser promovida a través de su órgano de administración o de representación, pero, ello no descarta la actuación individual o “*uti singuli*” del socio, en defensa de la sociedad que integra frente a la inactividad de los órganos societarios de promoverlas, obviamente por cualquier tercero –cualquier persona al decir del art. 144 CCC–.

A su vez, es una acción que puede ser ejercida en caso de insolvencia por el síndico o los acreedores a tenor de lo dispuesto por el art. 278 de la LGS.

1. Imputar y responsabilizar. El daño.

¹⁰⁴ NISSEN, Ricardo Curso de Derecho Societario, Ad-Hoc, 1998, pag. 129.

¹⁰⁵ OTAEGUI, Julio Anomalías Societarias, Advocatus, pag. 109.

¹⁰⁶ NISSEN, Ricardo Augusto Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada. Ed. Astrea, Buenos Aires 2010, 3ª Edición actualizada y ampliada, pag. 368.

a) Desde un punto de vista semántico, "vulgar" o "no riguroso", imputar y responsabilizar pueden ser entendidos como conceptos sinónimos. Ambas expresiones significan atribuir a alguien las consecuencias de determinadas conductas, propias (responsabilidad por hecho propio), de terceros (responsabilidad por hecho ajeno) o de las cosas (responsabilidad por el hecho de las cosas). En este último supuesto hay también conducta humana (del dueño o del guardián de la cosa), sólo que se utiliza la locución "hecho de la cosa" para definir un ámbito específico de responsabilidad alcanzado por principios específicos.

b) Desde un punto de vista más riguroso, los conceptos pueden ser diferenciados.

Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido:

1) Imputación (o atribución) material (cuestión que es emplazada en el terreno de la relación causal y se circunscribe a determinar la autoría del hecho ilícito o del incumplimiento obligacional).

2) Imputación en el plano axiológico, que puede ser subjetiva (culpa o dolo) u objetiva (riesgo, garantía, equidad, etc.). La imputación aquí actúa como factor de atribución o sea, el elemento axiológico o valorativo con arreglo al cual el sistema justifica que el sindicado como responsable deba resarcir el daño.

c) Responsabilizar significa atribuir a alguien las consecuencias de un hecho dañoso (ilícito extracontractual o incumplimiento obligacional), lo cual supone algo más que la autoría material del hecho y la existencia de un factor de atribución: requiere esencialmente de daño y, además, en la inmensa mayoría de los casos, de antijuridicidad objetiva en la conducta del dañador.

En resumidas cuentas: la imputación fáctica y jurídica de un hecho ilícito al agente no alcanza por sí sola para hacerlo responsable. Aunque importa que se le atribuya una relación, e incluso imponerle su cumplimiento. Para responsabilizar es preciso, además, que haya daño y, por lo general, antijuridicidad en la conducta de aquél, salvo casos de responsabilidad por actos lícitos que son más bien excepcionales.

O sea que los efectos de la conducta antijurídica o del uso desviado de la sociedad, implica una imputación directa y, de haber perjuicios, la responsabilidad solidaria e ilimitada.

El controlante también puede ser reclamado para cumplir la prestación a cargo de la sociedad. La relación cuestionada siempre debe cumplirse y, si ello es imposible, deben sufragarse los daños.

Esta expresión "se imputará directamente"¹⁰⁷ –que criticamos- no se reitera en la formulación del CCC en el art. 144, pues entendemos que no se desimputa a la persona jurídica.

2. Insolvencia para justificar daño.

Volvemos a la insolvencia más específicamente.

Conforme a tal prioridad de accionar sobre el patrimonio de la sociedad, para pensar en alguna otra acción de responsabilidad contra un tercero distinto a la persona jurídica debe pensarse en su insolvencia¹⁰⁸. Antes, en principio, no habría daño.

La jurisprudencia laboral ha impuesto enriquecer la temática de la responsabilidad en el marco de la protección al trabajador cuando el empleador lo ha sido una sociedad. Ello porque el criterio ha sido muchas veces errático, no distinguiendo claramente entre la responsabilidad de los administradores, basada en las disposiciones de los arts. 59, 157 y 274 LGS, y la de los socios, basada en el tercer párrafo del art. 54 LGS titulado como de la "inoponibilidad de la personalidad jurídica", similar al art. 144 CCC conforme lo referido.

La cuestión impone revisar el criterio a través de los votos del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁰⁷ Nto. "INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

¹⁰⁸ Nto. "EN TORNO A VOTOS DEL PRESIDENTE DE LA CORTE EN TORNO A INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA", en Microjuris n° 19 de 2010.

A. Nos referiremos al recurso de hecho en “FUNES, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, de fecha 28 de mayo de 2008, donde la mayoría desestimó la queja formalizada por el Presidente del Directorio de la sociedad por acciones demandada que “había hecho extensiva la condena contra la sociedad por indemnización por despido y créditos salariales” a ese integrante del órgano de administración. La oportunidad generó —una vez más, como en el caso Daverede— la disidencia del Presidente de la Corte Dr. Lorenzetti.

El mismo hizo las siguientes consideraciones textuales, que relatamos parcialmente: “2° (...) el a quo después de efectuar consideraciones sobre la desestimación de la personalidad jurídica, sostuvo que en virtud de las falencias registrales en que incurrió la empleadora el presidente del directorio debía responder en los términos del art. 274 de la ley 19.550 en razón de haber desempeñado el cargo durante la relación laboral y, por ende, cuando se concretaron las maniobras para ocultarla (...) 3° (...) suscitan cuestión federal bastante (...) al extender la responsabilidad fuera del ámbito previsto por la norma, con perjuicio al debido proceso y al derecho de propiedad... 5° Que respecto a los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 cabe señalar que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a “indemnizar el daño”, la cual es diferente a la del obligado solidario en las relaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar, lo que no se ha hecho en la especie (...) es necesario demostrar el daño (...) 7° Que si bien la alzada no fundó su decisión en el art. 54 de la ley 19.550 efectuó consideraciones sobre dicho precepto que comportan un claro error en la interpretación de la ley... 8° Que, en efecto, en las causas “Carballo, Atilano c. Canmar S.A. (en liquidación) y otros” y “Palomeque, Aldo Renée c. Benemeth S.A. y otro” (...) el Tribunal dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta conforme un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía. Esa línea argumental también estuvo presente en la causa (...) “Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/ despido”, del 4 de julio de 2003 (...) para decidir que no era arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no cabía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. 9° (...) debe interpretarse en forma restricta, porque, de lo contrario, se dejaría sin efecto el sistema legal estructurado sobre la base del art. 2 de la ley 19.550 y arts. 33 y 39 del Código Civil. En tal sentido, no es ocioso destacar que en el mensaje de elevación de la ley 22.903 se señaló que el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza “para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de la ley 19.550”. Es decir, que el propósito de la norma es sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. La ley responsabiliza a los socios únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas de utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de obligaciones legales que, aunque causen daño a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad. 10° Que de lo expuesto se sigue que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad lo que en el caso no se ha probado pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Sin embargo, aun en este supuesto es

preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial”¹⁰⁹.

B. En definitiva el Dr. Lorenzetti entiende que abrir la vía de la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” es innecesaria si existe solvencia del patrimonio de la persona jurídica que debe reparar, salvo por ejemplo relaciones de familia¹¹⁰. Hasta aquí expresiones –incluso *obiter dictum*– en torno a la inoponibilidad o relativización de los efectos de la personalidad-. La expresión *inoponibilidad de la personalidad societaria* es usada también muy latamente por la doctrina europea para hacer responsables a administradores o socios de los pasivos ante la insolvencia¹¹¹.

C. La insolvencia (pérdida del capital social o patrimonio neto negativo en las personas jurídicas en general) aparece como habilitante de las acciones de responsabilidad o de “inoponibilidad”.

Lorenzetti a la par de remarcar la necesidad del daño, apunta fundamentalmente a la constatación de la existencia de insolvencia de la sociedad obligada al pago.

Ello implica el mayor conflicto en las personas jurídicas pues involucra su propia existencia. La aplicabilidad del art. 54 ter LGS requiere –en temas de responsabilidad como señaló el Presidente de la Corte también en el caso *Daverede*–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente¹¹², ya que caso contrario no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación, y no existiría el daño a resarcir pues la obligación habría sido cumplida por la sociedad empleadora.

Sobre la jurisprudencia laboral y el requerimiento de insolvencia hemos también opinado¹¹³. El recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos pues el juicio se dilatará y los costos también sin necesidad alguna si la persona jurídica responsable es solvente.

¹⁰⁹ “I. La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva, pues su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, ya que ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación y, aun en este supuesto, es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, dado que no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial” (del voto en disidencia parcial del doctor Lorenzetti. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos extraordinarios por aplicación del art. 280 del Código Procesal” (Corte Su. 29.5.2007, “*Daverede*, Ana M. c/ Mediconeex SA y otros” LL 2007-D-440, con nota de Horacio A. Brignole.

¹¹⁰ Cfme. con Soledad RICHARD “Sociedades comerciales y7 transmisión hereditaria (el conflicto entre organización empresaria-societaria y derecho sucesorio), Cap. X de nuestro libro *Relaciones de organización – Sistema Societario*, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2007.

¹¹¹ Nto. Acción individual de responsabilidad de acreedores contra administradores societarios, en libro AAVV *Responsabilidad de administradores*, Ed. Legis, Buenos Aires 2008 Instituto Argentino de Derecho Comercial.

¹¹² La “doctrina de la penetración” o “teoría de la desestimación de la persona jurídica” puede aplicarse en derecho del trabajo cuando detrás de la persona jurídica aparente de un empleador se trata de cubrir la responsabilidad patrimonial del responsable, a través de la insolvencia de la sociedad interpuesta.... La aplicación de la “teoría de la penetración” implica, fundamentalmente, la existencia de un abuso que causa un agravio a la justicia o equidad en perjuicio de alguien, por lo que, en el caso concreto de situaciones producidas en el derecho del trabajo, es requisito indispensable que la sociedad “pantalla” del empleador real sea insolvente, ya que si no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma. CNTrab., sala VIII, mayo 29 - 1989. - Aguirre, Simeón L. c. Sardelick, Antonio F.) DT, 1989-B, 1360. - El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom., SALA D, marzo 23 - 1984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 - La desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades procede, entre matriz y filial, para el caso de insolvencia; en los supuestos de confusión entre persona jurídica y física como, por ejemplo, en lo concerniente a nacionalidad, domicilio o vecindad, disimulación de la propiedad personal de bienes o modificación de su transmisión por sucesión. CNCom., SALA B, diciembre 6 - 1982 --- De Carabassa, Isidoro c. Canale, S. A. y otra) LA LEY, 1983-B, 362 - JA, 983-II-549 - ED, 103-165. La doctrina del “disregard” ha presupuesto, en la formulación inicial, la situación crítica de la insolvencia, pero en su aplicación jurisprudencial, no siempre se ha requerido la existencia de un perjuicio real y actual ni que una de las partes haya caído en estado de insolvencia. - La aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad, debe efectuarse con criterio restrictivo; la esencia de tal aseveración debe buscarse precisamente en la necesidad de preservar la realidad jurídica que importa el sujeto de derecho sociedad. CNCom., Sala A, 9/8/79, “Zamora Ventas SRL c/ Técnica Comercial Hoy SA”, LL, 1980-C-27, y ED, 85-488.

¹¹³ Nto. “LA INSTITUCIÓN JURÍDICA SOCIEDAD (Sobre responsabilidad de socios y controlantes, motivada en fallos laborales)-2 publicado en libro colectivo “Responsabilidad de los administradores y socios por deudas laborales”, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2009, Buenos Aires, pág. 111 a 166.

D. La ampliación de demanda aparece justificada ante la insolvencia de la persona jurídica.

Claro que el requisito de la insolvencia llevará en muchos casos a plantear la cuestión al intentar ejecutar la sentencia contra una sociedad, que haya desaparecido o se haya liquidado de hecho y/o sea en definitiva insolvente –o ha sido llevada a concurso o quiebra sin cumplir las previsiones imperativas del tipo de persona jurídica-, llevando a situaciones procesales complicadas, por lo que no dudamos en sostener que acreditada la insolvencia –no necesariamente la quiebra- debe proveerse a una ampliación de nuevos legitimados pasivos a los que se les permita, en forma sumaria, el ejercicio de su derecho de defensa, sin tornar ilusoria la reparación del daño¹¹⁴.

E. El daño puede nacer por la propia presentación en concurso de una persona jurídica.

Como un uso abusivo de la vía concursal en la sociedades¹¹⁵, por dilatar el cumplimiento de sus obligaciones, o condicionarlas a quitas y esperas innecesarias frente a las normas imperativas del sistema societario, puede verse el *obiter dictum* de la Corte Suprema en fallo del 20 de octubre de 2009, donde acogió planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad. El fallo –a través del voto de la mayoría- resulta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”¹¹⁶, y la ampliación de la Dra. Highton, la resumimos en dos líneas: se consideró que se rozaban principios del “debido proceso y al ejercicio abusivo del derecho con grave afectación de la propiedad”¹¹⁷. Pero, como anticipamos, debe centrarse la atención en un *obiter dictum* expresado contundentemente en un párrafo del voto mayoritario, en reflexión calificativa: “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 directamente que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva. Sin duda la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Así atiende fundamentalmente a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, como lo venimos sosteniendo desde hace muchos años, por lo que el concurso aparece –cuando no se ha intentando previamente aquél- como abusivo¹¹⁸, y enrarecido por la posibilidad de un negocio. No debe olvidarse que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores –como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas– particularmente los de control-. El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades –en los que el informe general del síndico suele dar cuenta que llevan varios años operando en cesación de pagos, no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a

¹¹⁴ CAÑAL, Diana “La extensión de responsabilidad a los administradores societarios en etapa de ejecución: o el muñeco maldito”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 269, abril 2010, tomo XXII pág. 353 y ss..

¹¹⁵ Nto. “DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN “OBITER DICTUM” DE LA CORTE” en *Zeus Córdoba* n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90.

⁵⁹ Lo que se apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en “UN EJEMPLAR FALLO EN MATERIA DE TRANSPARENCIA DE LOS PROCESOS CONCURSALES”, en *El Cronista Comercial* del 21 de octubre de 2009.

¹¹⁷ Como parangón de los comentarios a la Res. 125/2008 que impuso retenciones a la exportación de soja, sosteniéndose como límite de lo no confiscatorio el tercio, pese a ser una cuestión de derecho público, no advertimos la razón por la que no se aplica la misma jurisprudencia citada a impedir la confiscación de los créditos de los acreedores que no votaron, que lo hicieron negativamente o que no pudieron votar por el trámite a que estaban sometidos. Sobre el punto puede verse en los libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Santa Fe 2006, Tema: CONCURSOS CON PROPUESTAS ÍRRITAS: VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA que presentamos con el Profesor Dr. José Luis PALAZZO, Tomo I pág. 715, bajo el Sub tema: Constitucionalidad de la propuesta.

¹¹⁸ Nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano Italia septiembre 2009: LA CRISIS DE LA ORGANIZACIÓN SOCIETARIA y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

los socios para eliminar causales de disolución –pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-¹¹⁹.

Un caso semejante, de acreditarse daño –la quita en los acuerdos concursales por ejemplo-, habilita acciones de responsabilidad contra administradores y miembros de la persona jurídica que hubieran abusado de la estructura personificada. Ampliamos: la quita si no existe pérdida del capital social (patrimonio neto negativo) aparece como un fraude a la ley societaria, intentando sustituir la obligación de los socios por una apropiación de patrimonio de los acreedores, y si no está en insolvencia –pérdida del capital- bastará sólo una espera y la quita será un abuso de derecho¹²⁰.

La aplicación de la norma respecto a la personalidad no puede implicar la desaparición de la separación patrimonial¹²¹. La situación es similar a la defunción de una persona física, cuyas relaciones patrimoniales son consideradas unitariamente en su sucesión.

La autonomía de la voluntad autoriza la constitución de personas jurídicas libremente, cumpliendo los recaudos legales, pero las mismas no se pueden constituir en un instrumento para dañar, destacándose las normas imperativas que aseguran la consistencia patrimonial de las mismas, que debilitadas imponen su liquidación para no dañar a terceros con su insolvencia. De no cumplirse esas normas imperativas en cuanto a su funcionalidad, se abren acciones de responsabilidad contra personas humanas o jurídicas miembros o administradores o controlantes de hecho

Las apreciaciones formalizadas en este ensayo llevan a una apreciación final: si un tercero sufre daño por la actividad al amparo de la personalidad jurídica (por el obrar de sus representantes o producido por los bienes que integran su patrimonio, o sea en relaciones contractuales o extracontractuales) es muy posible que si el patrimonio es insuficiente se entrevean acciones de responsabilidad contra sus representantes orgánicos o contra socios o controlantes, cuando existieren conductas abusivas u omisivas. Ni hablar de las fronteras que se abren por el daño ambiental¹²².

F. Seguimos con una jurisprudencia que determina la responsabilidad solidaria de socios en una sociedad con responsabilidad limitada, generando una posición ejemplificadora.

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, 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 ANGEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**, cuya lectura aconsejamos. **La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: sobre la prescripción, la integración de la litis y las causas por las que se les responsabiliza.**

1.Lleva el voto el Doctor Diaz Solimine que delimitó la cuestión litigiosa: “La sentencia acogió el objeto de la pretensión de daños y perjuicios contra Miguel Angel Angelino, Nicolás Enrique Ruiz Guíñazu – luego desistido a fs.521 - y José María González de la Fuente al pago del crédito admitido en los autos “Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa Cristinas/ cumplimiento de contrato. Con costas.”

¹¹⁹ “El PLAN DE EMPRESA (o como asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia, Cap. II pág. 217, Ed. Lerner Córdoba 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores E. Daniel Truffat – Marcelo Barreiro – Carlos Roberto Antoni Piossek – Ramón Vicente Nicastro. Recientemente nto. “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, marzo de 2010.

¹²⁰ FUSHIMI, Jorge F. – RICHARD, E. H. “El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos)” en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág.153.

¹²¹ Nto. “¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica ?” I Congreso Iberoamericano tomo III p. 619.

¹²² Nto. “DAÑO AMBIENTAL Y SEGURO”, documento de la exposición en la XVI Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, 18 y 19 de octubre de 2007) sobre “Tutela jurídica del medio ambiente”, en libro colectivo del mismo nombre edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba julio 2008: Daño Ambiental y Seguro, págs. 169 a 198.

En primer término trata la excepción de prescripción opuesta por los codemandados González de la Fuente y Angelino, que fuera desestimada. De los largos y sólidos argumentos extractamos lo que se vincula a la sustancialidad del caso: "...Es necesario destacar que la interrupción de la prescripción liberatoria se genera y basta con una voluntad suficiente para demostrar que no ha abandonado su decisión de percibir lo adeudado, y la manifestación puede exteriorizarse por cualquier medio que demuestre esta actitud y debe estarse a la subsistencia del crédito, pues el instituto de la prescripción es de aplicación restrictiva, tendiente a la subsistencia de la acción (Cfe. Llambias, J.J. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones T. III pág.311; Borda, G. A. Tratado de Derecho Civil, Obligaciones T. II, pág.11).Por último nuestro más alto tribunal ha señalado sobre el instituto en examen que "la viabilidad de la excepción de prescripción solo puede ser admitida con un criterio sumamente restrictivo y que el caso de duda debe preferirse la solución que mantenga vivo el derecho" (Cfme. CSJN Fallos J.A. 67:724; Fallos 312:2352; 316:2325; y 318:879 LL t. 2001 B, pág. 19 y ss.).", recalando en el argumento fundamental para una visión funcional: "En la materia rige la máxima *"actio non nata praescribitur"*, es decir que la acción no prescribe sino a partir de su nacimiento. En el caso de autos resulta por demás prístino a partir de cuándo debe computarse dicho plazo, pues que lo trascendental es el día en que se ha producido el perjuicio (CSJN, 21-3-60, JA 1960-II-363), es decir que el daño se haya producido realmente y que a tal fecha el acreedor tenga conocimiento real y efectivo de los perjuicios sufridos (CSJN, 3-11-88, LL 1989-C-815; ídem 29-9-88 LL-1989-B-703). ... de las constancias de autos se desprende que la fecha a partir de la cual debe computarse el plazo es la que surge del escrito de fs.787 de autos *"Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa C. s/ cumplimiento de contrato"*, donde es cuando la actora manifiesta la imposibilidad de percibir el crédito allí reconocido judicialmente de parte de la persona jurídica."

La tesis expuesta es congruente con la estructura de las relaciones de organización personificadas: existe total autonomía de la voluntad para constituir sociedad, decidir el monto de la dotación desde que se genera el patrimonio independiente que justifica su reconocimiento como persona jurídica, determinando que el mismo es la prenda común de los acreedores. Pero esa autonomía tiene límites, el primero el genérico de la "buena fe" y de seguido las normas imperativas o indisponibles del sistema de las personas jurídicas, sobre lo que volveremos.

2.La inmediata cuestión que formalizan los socios demandados por una deuda de la sociedad que integraron es el requerimiento de "integración de la litis" con aquella sociedad requiriendo "se sanee el proceso por cuanto considera necesario – ya que se trata según el de un litis consorcio pasivo necesario – ,debiendo integrarse el proceso con la sociedad Birlen SA, como requisito de admisibilidad."

El Camarista que lleva el voto lo descarta señalando principios básicos de las relaciones de organización personificadas cual es la sociedad: "Que la doctrina ha definido la sociedad como un medio técnico- jurídico a través del cual una pluralidad de personas actúan como una unidad que sobrevive a sus socios y que opera automáticamente. El ente goza de un régimen propio dentro del derecho común, dentro del cual debe ajustar su accionar, sin traspasar los límites que se le han impuesto. A tales fines la diferenciación de la personería y de la responsabilidad de los socios es fundamental. El modo de formar la voluntad social es a través de su órgano y el hecho debe tener la necesaria registración referida a un hecho esencial de su vida institucional. Ello necesariamente requiere la previa deliberación de sus socios. La separación de la personalidad social y la de sus socios adquiere- en principio - en el régimen societario una individualidad jurídica independiente. Esta separación no puede ser considerada una regla absoluta, pues existe la posibilidad de utilizar la figura societaria para afectar derechos de terceros. Ello que la propia ley 19.550, reformada por la ley 22.903 en su artículo 54 recepta la teoría de la "inoponibilidad jurídica" a fin de prescindir de la figura societaria adoptada, en el caso una sociedad anónima."

En este punto, sin discrepar en los efectos, nos parece que la expresión "prescindir" puede llevar a equívocos, que no se manifiestan luego en el caso. Como recurso técnico, generada la personalidad, la misma no se extingue hasta que se efectiviza la liquidación de la misma y se

extinguen las obligaciones generadas por ese centro imputativo. La llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” como expresión no llama a desconocer la existencia de la persona jurídica, sino a permitir responsabilizar a quién uso indebidamente del medio técnico para perjudicar¹²³. La liquidación es necesaria para asegurar derechos de terceros, y lo remarca el último párrafo del reciente art. 144 CCC, que perfecciona el art. 54 ter LGS.

Sigue el Camarista “De la lectura del escrito introductorio de la instancia surge que es contra los accionistas exclusivamente – en este proceso examinado- que se pretende el cobro de lo adeudado por Birlen SA a la luz de lo dispuesto por el artículo 54 de la norma anteriormente citada reformada por la ley 22.903 excluyendo de este proceso a la mentada sociedad....En este punto cabe señalar que en los autos “Birlen SA c/ Von Sanden de Klein Rosa c/ s/ daños y perjuicios”..., ya ha sido condenada dicha sociedad mediante la oportuna reconvención articulada por la aquí actora. Del examen de esos autos se colige que en dicho carácter la persona jurídica ha ejercido plenamente su derecho de defensa en juicio sin limitación de ninguna naturaleza, habiendo pasado la condena contra la misma en autoridad de “cosa juzgada” ...La finalidad última de este instituto procesal radica en evitar la sustanciación de un proceso cuya decisión final ha de carecer de utilidad práctica (inuliter data), es decir que la sentencia debe tener un contenido único para todos los litisconsortes. ...Sobre los conceptos expuestos cabe expresar que en estos obrados no resulta necesario la intervención de Birlen SA como litis consorte necesario en los términos del artículo 89 del CPCC porque el sentenciante en autos tratados puede pronunciarse útilmente contra los legitimados pasivos aquí accionados – en razón que el decisorio recaído no será ejecutable contra Birlen SA, sino que los imbricados en este proceso responden en función de otros fundamentos que fueron planteados en el escrito introductorio de la instancia, pudiendo dictarse una sentencia con absoluta utilidad práctica (Cfme. CNCiv. Sala F, ED -42-293; ídem Trib. Sup. Córdoba JA 18- 1973-698; entre otros (citados por Falcón, Enrique M. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo I, pág. 510 Ed. Abeledo Perrot).-“.

El rechazo de la excepción es bien fundado, y quizá corresponda también señalar que dentro de la funcionalidad societaria como persona jurídica, juega el precepto del art. 56 de la hoy ley general de sociedades –LGS-, vigente desde el año 1972 que dispone “La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo con el tipo de sociedad de que se trate”.

El valor expansivo de la sentencia es indubitable, aunque la ejecución directa de la misma pueda estar condicionada al tipo social (tipicidad de segundo grado), y cuando no hay responsabilidad por el tipo social asumido puede resultar la misma de otras normas de la ley, como sucede en el caso y esplicitaremos.

Ingresa el Camarista que lleva el voto en el tema central: la “responsabilidad” de los accionistas demandados: “Los apelantes se quejan del acogimiento de la pretensión , señalando que no se encuentra acreditada la responsabilidad invocada, ni la integración en la sociedad , peticionando su desestimación. En primer término, adentrándonos en las quejas ,debo exponer que el carácter de socios integrantes de la sociedad condenada Birlen SA , ha quedado plenamente probado con los elementos colectados en el proceso.” Omitimos las cuidadas referencias subrayando que la defensa aparece en este aspecto como burda.

Continúa con precisión “Adentrándonos en la responsabilidad que les endilga, diversa es la prueba que lleva en forma unívoca a concluir como lo hizo el sentenciante de grado. En primer término, la inexistencia actual de la sociedad condenada Birlen SA en el domicilio constituido ante la Inspección General de Justicia – ver informe de fs. 289 - y actas de constatación de fs. 37/38. Otro claro y medular indicio es la falta de presentación de balances contables ante la correspondiente

¹²³ Nto. “INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por *Microjuris*, 2010.

autoridad, los cuales no se efectuaron desde la fecha de constitución de la misma acaecida con fecha 7-12-1978 y la rúbrica de los libros societarios que datan del año 1988 – ver informe de fs. 301 , e informe de fs. 300 emanado de la Inspección General de Justicia, que no fuera tampoco materia de impugnación. En este orden , merece señalarse que la última rubrica de los libros societarios data del año 1988 – ver informe de fs. 300 -. Pero ahonda aún más los indicios que llevan a la responsabilidad de los accionistas en los términos del artículo 54 de la ley 19.550 , el escaso capital social como así su debida integración cuyo último aumento fue aprobado por los aquí accionados como accionistas en junio de 1986 ,que resulta reducido a la nada en la traducción a moneda de curso legal en la actualidad. Las secuencias expuestas ut supra y que fueran examinada por el juez de grado se encuentran ligadas en forma inescindibles. Estos indicios logran trasuntarse en presunciones , que al decir de Alsina , “son la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de los caracteres comunes de los hechos (Tratado , tomo III, pág. 683).- El artículo 163 inciso 5 to. Determina que “ las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando (“los indicios”, el encomillado me pertenece) por su número, precisión, gravedad y concordancia , produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica”.- Los hechos referidos en el examen , revisten la calidad de precisos (son unívocos), graves (es decir tienen un alto grado de probabilidad) y son concordantes ,es decir debidamente entrelazados por puntos de inferencia y concurrentes hacia una determinada conclusión : la existencia de hechos que demuestran palmariamente la responsabilidad de los accionados . Es que frente a la imposibilidad de una prueba directa o determinada, el juez debe ponderar esmeradamente el conjunto de las circunstancias anteriores, concomitantes y apreciarlo con soberana facultad para interpretar el “ánimus” (SCTúc. LL 44-602, citado Por Alonso I. y Giatti, J. “Aspectos procesales de la aplicación de la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”). Por su parte los demandados , sin perjuicio de lo expuesto en los escritos integrantes de la litis , no han arrimado a este proceso ningún elemento que pruebe o descalifique estos severos, graves y precisos indicios respecto de la culpabilidad (cfe. art. 14 inciso 5to. del CPCC), debiendo expresar que no han acreditado que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los arts. 101/112 de la ley 19.550 , lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad , y no es menos cierto que en los instrumentos públicos mentados los partícipes han sido siempre los accionados. Asimismo los accionados se encuentran en una mejor posición al tener acceso a los libros. Balances, contratos con terceros , etc, es decir toda la documentación idónea para probar que aquella realiza una actividad real, así como de que forma el acto que realizaron esta enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios controlantes para acreditar la realidad que perjudico a terceros. Aúnese a ello la grosera ausencia patrimonial del Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales , no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar ,primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial , Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica (Cfe. Carballude v. s/ Quiebra , Vitolo, Daniel Roque “ Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia LL 22-12-2004). La responsabilidad debe extenderse a los socios cuando “.... La sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria” (Teoría de la desestimación de la persona jurídica “ (Ramos Santiago J. SAJJ:DACF070024). Por lo cual y con sustento en estos argumentos, en el presente Acuerdo propongo que las críticas esbozadas sean rechazadas, debiendo confirmarse el decisorio recurrido.” La sentencia es suscripta por el opinante OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE y el adherente JOSÉ BENITO FAJRE.

Es una sólida interpretación del sistema societario y de sus normas imperativas o indisponibles para sintetizar el abuso de control que impone la previsión responsabilizatoria del art. 54 in fine LGS.

G. Sigamos con otros fallos sobre inoponibilidad que ilustran sobre responsabilidad ante daño.

1. La CNCom, Sala C, Octubre 30 de 2014, en “Migal Publicidad SA contra Ti Intertele SRL sobre ordinario”, sostuvo “... Si se advierte que la sociedad tiene por objeto dedicarse a operaciones comerciales relativas a productos de internet e informática y no se menciona nada relativo a la actividad gastronómica, a pesar de que la sociedad demandada ejercía actos ajenos a su objeto social al explotar un restaurante, surge evidente que la referida sociedad fue utilizada para llevar a cabo actividades extrasocietarias, en claro perjuicio de sus acreedores, tanto proveedores como empleados, esto es, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros. ... La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado por la Ley 19.550: 2, en tanto no se violen las reglas superiores del ordenamiento jurídico; ... Resulta aplicable el artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550 cuando actuando bajo la figura de la S.R.L. los socios han querido sustraer su propio patrimonio y responsabilidad del alcance de los acreedores.... Los sujetos sobre quienes se puede cernir esa imputación diferenciada de responsabilidad son, según los expresos términos de la ley, exclusivamente dos: los "socios" y los "controlantes" de la sociedad; siendo éstos los únicos legitimados pasivos de la acción indicada en la propia letra de esta norma; en cuanto a la interpretación de la palabra "socios", no ofrece dificultades interpretativas, se trata de aquellos que han hecho posible la actuación ilegítima o extrasocietaria, sin importar si son mayoritarios o minoritarios; en tanto la responsabilidad de los "socios" puede verificarse tanto por acción como por omisión; y sin importar si son controlantes o no, como también lo ha advertido mayoritariamente la doctrina.

2. La CNCom, Sala B, Agosto 29 de 2014, en “Bianchi Adrián Emilio contra Vanderbilt Group Ltda. Y otros sobre ordinario”, expresó: “... Cuando el recurso técnico es utilizado para violar la ley, el orden público y la buena fe, para frustrar derechos a terceros, o aun simplemente para llevar adelante fines extrasocietarios, surge la figura de la inoponibilidad de esa personalidad jurídica. ... Resulta lícito atravesar la personalidad societaria y captar la auténtica realidad que se oculta tras ella, con la finalidad de corregir el fraude o neutralizar la desviación, toda vez que en tal caso, la sociedad configura un elemento por el que se intenta cubrir la responsabilidad patrimonial del verdadero responsable. ... Ante la aplicación de la norma del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, el socio responde, no por una consecuencia del tipo legal sino por un acto disvalioso que él personalmente ha causado. ... El tercer párrafo del art. 54 LSC determina que la actuación de la sociedad se imputa directamente a los socios que la hicieron posible y esto tiene su base en las normas derivadas del derecho común, entre otros, art. 1109 CCiv. ... Corresponde la aplicación de la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando en la actividad ilegítima denunciada tuvieron necesaria participación las sociedades demandadas, quienes captaron inversores, emprendieron supuestos negocios jurídicos, para luego, denegaron la devolución tanto de los capitales aportados por sus clientes como de sus réditos; perjudicando a terceros con sus maniobras fraudulentas, siendo curioso que una de dichas compañías cancelara su inscripción en el Registro Público de Comercio con fecha tan próxima a este litigio; pues ello evidenciaría por parte de sus administradores un intento de eludir responsabilidades en calidad de partícipes; ya que éstos se encargaron de multiplicar la cantidad de clientes y perjudicaron a terceros con la falta de reintegro de sus inversiones. ... Debe aplicarse la solución prevista en el artículo 54 in fine de la ley 19550 cuando consta que frente al infructuoso intento del actor de retirar los fondos de su cuenta individual, las sociedades involucradas en la operación no proporcionaron explicaciones y eludieron toda responsabilidad; desapareciendo y huyendo de todo contacto con sus clientes estafados, debiendo tenerse en cuenta, además, que ciertas operaciones realizadas por los entes demandados, y por las cuales éstos percibían comisiones, excedían el objeto del contrato social y carecían de la autorización de la Comisión Nacional de Valores (art. 6, ley 17.811) para

actuar en el mercado. ...

3.La CNCom, Sala F, Mayo 13 de 2014, en la causa “Víctor Carballude SRL sobre quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica”, consideró: “...La persona jurídica es un “recurso técnico” que permite establecer una organización autónoma con patrimonio propio y capacidad de gestión que se distingue de sus instituyentes, estructurando un esquema de simplificación de relaciones y de impermeabilidad patrimonial.El instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica se presenta como un remedio con el que se cuenta para recorrer la personalidad de los entes asociativos, con el objeto de imputar cierta obligación o derecho a un sujeto distinto -tales como sus controlantes o socios-, si se reúnen las especiales circunstancias que enumera el párrafo tercero del artículo 54 de la ley 19550.... y ello supone tener especialmente en cuenta que la ley 19550 exige que la actuación societaria -y la de sus órganos, socios y controlantes que guarden vinculación con la gestión patrimonial- se acomode al principio general de la buena fe (cciv 1198) y al ejercicio regular de los derechos (doctrina cciv 1071).... Esta no se traduce ni en la caída del sujeto de derecho ni en el impedimento a su funcionamiento sucesivo, simplemente se dan las dos alternativas que como efecto práctico de la inoponibilidad prevé el art. 54 que son la imputación directa del obrar -responsabilidad por ende ilimitada-, y además una responsabilidad por daños y perjuicios, título distinto que está establecido por el mismo art. 54 y también la habrá cuando por vía de la desviación de la causa contractual, o como efecto empírico de la actuación posterior, se produzca el desbaratamiento del derecho de terceros....La naturaleza de la acción de inoponibilidad presenta algunas peculiaridades: (i) Es societaria pues se trata de una medida que tiene por objeto declarar irrelevante la diferenciación entre la personalidad del ente social y la de sus componentes (socios); (ii) Es accesoria desde que tiene sentido en tanto y en cuanto existe una actuación social encubridora, violatoria o frustratoria; y (iii) Es una acción declarativa toda vez que su finalidad se agota en la declaración. La sentencia que se obtenga será, dentro de la clásica división procesal, una sentencia declarativa o de mera declaración, cuyo objeto es la pura declaración de que ha acaecido el efecto desestimatorio de la personalidad societaria. ...No se admite, por vía de principio, la ponderación restrictiva de la solución legal prevista en el artículo 54 último párrafo de la ley 19550.... Se ha definido a la subcapitalización societaria desde dos aristas: (i) una material que se presenta cuando su capital propio no es suficiente para satisfacer, de acuerdo al tipo y dimensión de la actividad económica efectiva o propuesta, las necesidades financieras de mediano y largo plazo no susceptibles de ser normalmente cubiertas por créditos de terceros y (ii) una nominal que es aludida en los casos en que se presenta una cuestión vinculada con la sinceridad de la expresión del monto del capital e incluye, por ejemplo, la cuestión de los préstamos sustitutivos de aportes -esto es, cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social, pero las necesidades de fondos propios se financian con créditos provenientes de los mismos socios....Habrá infracapitalización material en el supuesto de que la sociedad carezca totalmente de medios adecuados para cumplir su objeto social. Y será meramente formal cuando exista un capital social inadecuado pero los socios o accionistas lo "maquillen" proveyendo de recursos financieros a la sociedad, tales como préstamos o constitución de reservas distintas a las legales....Como línea de principio el daño producido por una malformación de la estructura patrimonial societaria o por decisiones impuestas por socios o controlantes que la fuerzan a emprender actividades que exceden de sus posibilidades, no debe quedar excluido del ámbito de la norma del artículo 54 último párrafo de la ley 19550, aunque debe subrayarse la necesidad de extrema cautela en el juzgamiento del caso concreto.... Los elementos de juicio colectados acreditan con claridad las distintas circunstancias que justifican la aplicación a la sociedad fallida de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando de la revisión del expediente de la quiebra y de la causa laboral se desprende que: a) No se arrimaron libros contables (sin que se haya brindado siquiera una mínima razón que pudiera hipotéticamente justificar tal ausencia), lo cual permite inferir el desarraigo institucional; b) A

lo largo del desarrollo del proceso se ha observado una notoria falta de cooperación de los socios de la fallida; c) La ausencia de la persona jurídica fallida en el propio domicilio legal constituido ante la Inspección General de Justicia; d) La valuación del activo arroja cero y el sujeto societario no cuenta con ningún bien registrable a su nombre, no obstante que la empresa se habría dedicado al transporte de carga y e) Únicamente se integró un 25% del capital social suscrito al momento de la constitución de la sociedad, que data del año 1991 (que ascendía a australes 2.800.000 -hoy \$280-) y no hay elemento de juicio que permita corroborar que a lo largo de la vida social se hubiera saldado el 75% restante....Es dable sostener que la disponibilidad del capital social es esencial para el cumplimiento del objeto, único y preciso, de la sociedad, por lo que, ligados ambos conceptos, si ésta presenta una ruptura manifiesta entre el capital y la actividad que lleva a cabo, estamos hablando entonces que la sociedad se encuentra infracapitalizada....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.... La infracapitalización, en este sentido, no hace otra cosa más que trasladar los riesgos propios de la empresa hacia terceros y, por lo tanto, no se estaría llenando el presupuesto de dotación de capitales propios a la sociedad, resintiéndose el patrimonio social y la función de garantía frente a los acreedores.... Medió en consecuencia una infracapitalización agravada susceptible de quedar aprehendida como causal de declaración de inoponibilidad de la persona jurídica y ello aun cuando la cuestión pudiese ser analizada desde su perspectiva más restrictiva.....La frustración de los derechos de los terceros -en este caso: acreedores sociales- encuentra su fundamento en la violación de una premisa tan sencilla como elemental: el patrimonio es la prenda común de los acreedores. ...Ello pone en evidencia, además, una deficiencia en el cumplimiento de los requisitos esenciales que fluyen del artículo 1° de la ley de sociedades, con la consecuente externalización de los riesgos empresarios....La insuficiente capitalización de la sociedad puede constituir un medio para hacerla actuar como recurso para violar la buena fe comercial así como para frustrar derechos de terceros, lo que hace aplicable el instituto de la inoponibilidad de la personalidad jurídica conforme al art. 54, tercer párrafo de la LS. Justifica así que la actuación de la sociedad o las consecuencias de la misma, en este caso el pasivo insoluto de la sociedad caída en insolvencia, y la misma situación jurídica falencial, se imputen a los socios o controlantes que la hicieron posible, siendo importante insistir en que la elección de esta vía puede resultar más apropiada que la extensión de la quiebra fundada en la LCQ 161, cuyos presupuestos pueden no estar configurados por el solo hecho de una deliberada subcapitalización de la sociedad.....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 empresarial 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. ...No todos 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.”

Todos estos fallos son contundentes en la aplicación de la legislación societaria para responsabilizar a socios.

V – ACTIVIDAD ILÍCITA.

El art. 19 LGS sanciona con la disposición de oficio de liquidar a la sociedad que realiza actividad ilícita. La jurisprudencia ha determinado que ella puede ser total o parcial. Genera la responsabilidad solidaria de administradores y socios, con pérdida de la cuota de liquidación –extinción de dominio apuntamos-.¹²⁴

La responsabilidad solidaria de administradores y socios determinada por esta norma desaparecería en el caso de sobrante de liquidación, pues no habría daño a terceros, salvo que se reclamara por daño a los socios que acreditaron buena fe y a la misma sociedad.

El supuesto de sobrante de liquidación entraña una forma de “extinción de dominio” de los socios –derecho a la cuota de liquidación- en favor del estado, por el uso ilícito de la sociedad.

VI – REPENSANDO Y CONCLUYENDO.

La sociedad, beneficiada con el reconocimiento de personería jurídica, es –a su vez- una institución jurídica pues nacida de la autonomía de la voluntad sólo puede desaparecer mediante un procedimiento expresamente previsto que es el de su liquidación, para asegurar la extinción de las relaciones jurídicas generadas durante su funcionalidad y que ningún tercero ha resultado insatisfecho.

Un tema ínsito en el análisis de las relaciones de organización personificadas, es ¿Para qué o por qué el derecho reconoce la personalidad? Sin duda seguridad jurídica, unificando las relaciones jurídicas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico, un medio para el funcionalismo.

La teoría del descorrimiento del velo o de la desestimación de la personalidad se planteó ante el beneficio del privilegio que conlleva la personalidad en ciertas legislaciones, al instituir la limitación de responsabilidad de los socios o sea acotar el riesgo empresarial.

Esa separación patrimonial, que importa constituir un centro imputativo de derechos y obligaciones, con posibilidad de autogestión, o personalidad, no sólo tiene una razón funcional permitiendo el negocio pensado conforme la causa del mismo -objeto social-, resguardando así esa separación, que persiste a cualquier evento en beneficio de los terceros.

Por este medio se está tutelando más que la limitación de responsabilidad de los socios, los intereses de quienes se vinculan con el nuevo centro imputativo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota¹²⁵.

La “sociedad es una persona jurídica, porque tiene patrimonio propio y un sistema de imputabilidad de derechos y obligaciones al mismo, con medios destinados a conseguir el fin propio...”¹²⁶. Bajo ese criterio, son personas jurídicas las que así sean determinadas por el respectivo ordenamiento positivo.

Se constituye en una herramienta de la ciencia del derecho otorgada al legislador, conforme al medio y contexto social y doctrinario, para que éste atribuya esas normativas. Lo hará reconociendo la existencia de una persona jurídica como centro de imputación diferenciada, sea por medio de un acto público o de las relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas¹²⁷.

Lo fundamental es distinguir claramente que "personalidad" no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios, particularmente en defensa de los terceros, y que quienes

¹²⁴ Nto. “Proyecto de responsabilidad penal...” cit..

¹²⁵ La exposición de motivos que eleva el Proyecto de Ley General de Sociedades, respecto a la sociedad unipersonal, redactado por los Dres. Highton, Kamelmajer y Lorenzetti es representativo de la tendencia doctrinaria que exponemos sobre personalidad y responsabilidad.

¹²⁶ VIVANTE, César *Tratado de derecho mercantil*.... cit. págs. 6 y ss.

¹²⁷ Nto. *En torno a la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica* en "Doctrina societaria y concursal" de Errepar t. II p. 541.

abusan del control o de los recursos técnicos societarios o contractuales deben asumir plena responsabilidad solidaria.

Señalando la importancia de la temática basada en un método de organización, pueden advertirse intentos normativos, jurisprudenciales o doctrinales de justicia distributiva, sobre concurrencia y lealtad comercial, las referencias a decisiones por mayoría o colegiales colectivas, el ejercicio de derechos estatutariamente, las acciones derivativas y las de clase, la sustitución del deudor, y sanciones tales como el abuso de control o el llamado daño punitivo. Se empieza a aceptar que personas jurídicas e incluso humanas operen agrupadamente en búsqueda de resultados superiores, distintos o inferiores a los que alcanzarían los individuos por sí solos estamos enfrentando la idea de "organización"¹²⁸.

En torno a la función de garantía del capital social y la responsabilidad de los socios –incluso accionistas¹²⁹– señala un fallo afrontado precentemente: “la grosera ausencia patrimonial de Birlen SA para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace más que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes en la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total de patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectado por los actos de ella. Ante la descapitalización o infracapitalización, comparto lo indicado por la Cámara Comercial, Sala F, en cuanto a que estos casos resultan inoponibles la persona jurídica”.

La “grosera ausencia patrimonial” implica –a nuestra entender– la existencia de una causal de disolución cual es la llamada “pérdida del capital social” o sea la inexistencia de patrimonio de la sociedad –prenda común de los acreedores– que configura una causal de disolución. En el caso no se había manifestado con anterioridad al accionar del acreedor por una actitud omisiva de los responsables: la no confección de balances, la inexistencia de libros, etc.. La incapacidad patrimonial para atender a todas las obligaciones de la sociedad podría no generar responsabilidad a administradores y socios si la “pérdida” no les fuera imputable, como podría ser la variación sorpresiva del valor de stock o de inmuebles, sin que hubieran contraído nuevas obligaciones desde que conocieran o “debieran conocer”.

Ante esa causal de disolución que implica la inexistencia de patrimonio suficiente, un estado de insolvencia que suele denominarse como “insolvencia patrimonial”, recordamos que la ley societaria contiene una opción imperativa en su art. 96 LGS: “Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Esta causal como esta previsión debe ser entendida falta de patrimonio para atender las obligaciones de la sociedad, ante lo cual los socios imperativamente deben optar por liquidar o de no desearlo reintegrar el capital, o bien aumentarlo ellos mismos o invitando a terceros. Es una clara norma para evitar que la actuación de la sociedad genere daños.

Consecuentemente con ello, el art. 99 LGS previene en las conductas dañosas y en la interpretación anticipada de la congruencia de esa norma con el art. 167 in fine CCC.

Se colige que se esta configurando una suerte de orden público frente a la autonomía de la voluntad para constituir sociedades y dotarlas patrimonialmente conforme a una decisión personal. Nuevo orden adecuado para poner ciertos límites a esa autonomía si se generan daños, conforme referencias a normas imperativas (art. 150 CCC) o indisponibles –art. 962 CCC–, y la liquidación de

¹²⁸ LORENZETTI, Ricardo *Las normas fundamentales del derecho privado*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1995, p. 133. Sobre el punto también puede verse nro. *Organización asociativa*, cit.. José Miguel Embid Irujo “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades en Revista de Derecho Mercantil, Madrid 2003, n° 249, julio-septiembre, pág. 933 y ss..

¹²⁹ Nto, “APOSTILLAS SOBRE LA MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES” en *Doctrinaria Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 355 Junio 2017, Buenos Aires, pág. 535, donde también hacemos una referencia a la responsabilidad de socios y accionistas con responsabilidad aparentemente limitada.

las sociedades voluntaria o ante causales de disolución importa ese orden para asegurar la satisfacción de las obligaciones contraídas o de las responsabilidades asumidas.

Lo que aparece como interesantísimo en el caso “Birlen” es una suerte de síntesis de ese orden, rescatando la aplicación del art. 54 en su previsión final: “La actuación de la sociedad... para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La congruencia de esta fórmula normativa con las demás normas que hacen a la regular funcionalidad de la sociedad, permite resguardar a terceros y sobre todo recordar a los socios con supuesta responsabilidad limitada que, para mantener esa limitación, no deben cruzar ciertas líneas rojas –violación de normas imperativas del sistema societario–, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo.

Una lección sencilla y brillante, aplicando esa previsión que ha sido generalizada con aún mayor simplicidad para todas las personas jurídicas en el art. 144 CCC –como hemos adelantado–, incluso las públicas¹³⁰.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris¹³¹, 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, particularmente al homologar acuerdos. Si llega el expediente a un despacho judicial para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no deberá hacerlo por las normas del CCC y de la propia LCQA en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.¹³²

O sea que un juez, incluso el que entienda en el concurso de una sociedad, de oficio o ante el planteo del Síndico o de un acreedor, podría cuestionar por abusiva la propuesta de acuerdo y, obviamente no homologar el acuerdo que implicara un fraude a la ley societaria, particularmente en cuanto a las normas de garantía del capital social. Sea por abuso, sino se perdió el capital social, o por fraude si esa pérdida existió y los socios no la atendieron en la forma prevista imperativamente por la norma específica.

El plan de negocios que hoy no se requiere ni en la presentación en concurso de una sociedad ni en su obligatoria integración de la propuesta, exigiéndoselo en cambio al Síndico o a la cooperativa de trabajo que intenta continuar el giro, será ahora indispensable conforme la previsión del art. 100 LGS.

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias

¹³⁰ PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “**EL ART. 144 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (inoponibilidad de la personalidad jurídica)**” en **LA LEY** año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016. En la publicación se omitió lo que los Autores habían incluido en el título “: ¿una travesura o una concepción integral sobre responsabilidad de funcionarios públicos por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo?”.

¹³¹ Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, ver: JUNYENT BAS, Francisco A. “**La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios**”, en **LA LEY** 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY 2009-C, 1045. 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 concentrando en la “función de garantía del capital social”.

¹³² Nto. “**EL ABUSO EN LA TERCERA VÍA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES**”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor”. A su vez, esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, sindicatos y algunos socios –que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados– abre nuevas perspectivas para los trabajadores en caso de concurso o quiebra de una sociedad.

Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la personalidad jurídica, incluso de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización, 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 empresarial.