

## LA LIMITADA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (y una referencia al caso Von Seiden)

Efraín Hugo RICHARD<sup>1</sup>

**Publicado a pág. 143 de la Revista de Las Sociedades y concursos, Director Ricardo A. Nissen, Ed. Fidas, Edición Especial año 19, 2018-1, Primera Jornada sobre constitución y funcionamiento de la sociedad por acciones simplificada (SAS) – Seminario Anual sobre actualización, análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategias societarias y concursales.**

1.SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. 2. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. 3. LAS NORMAS IMPERATIVAS. 4. SOBRE EL CAPITAL SOCIAL EN LAS SAS Y RESPONSABILIDAD. 5. CAPITALIZACIÓN. PLAN. LIQUIDACIÓN. 6. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. 7. MEDITACIONES ANTE LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL.

La responsabilidad limitada de los socios –o socio único- de la Sociedad por acciones simplificada –en adelante SAS- está condicionada a que no generen daño incumpliendo normas imperativas del sistema jurídico. Esto es la aplicación del sistema responsabilizador general. Claro que ello es extensivo a todos los socios o accionistas con responsabilidad limitada (o mancomunada) de otros tipos o formas societarias.

### 1. SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

La Sociedad por Acciones Simplificada -en adelante SAS-, normada por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor –en adelante LACE-, se presenta como herramienta de fomento de la actividad emprendedora y viene inserta en medidas para favorecer al pequeño y mediano empresario. Implica una verdadera revolución del sistema societario recientemente unificado en LGS, al introducir un nuevo tipo social en la misma senda generada por el actual régimen de la Sección IV del Capítulo I LGS, con flexibilidad de formas y subsidiariedad de un considerable número de normas societarias, generando una mayor autonomía de la voluntad en la configuración del Estatuto en el contrato de constitución.

El nuevo tipo (o clase) social estaría destinado a promover la actuación de emprendedores con buenas ideas, pero con poca estructura y capital, con disposiciones novedosísimas para reducir el control, procurar la resolución de conflictos fuera de tribunales, digitalizar procedimientos para la constitución y la funcionalidad, previendo la posibilidad que sociedades actuales se transformen en SAS (art. 61 LACE), y medios de atraer capitales muy especiales.

No entraremos en el análisis de este interesantísimo instrumento de organización societaria, por lo que no haremos referencia a los importantes aportes de juristas que ya se han expedido. Sólo afrontaremos el tema de la responsabilidad de los socios, ante la suposición general que es limitada y que se ha afectado la función de garantía del capital social, o sea la insuficiencia patrimonial para satisfacer las obligaciones sociales.

---

<sup>1</sup> Académico de número. Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

La incorporación de la SAS al sistema societario permite una mayor flexibilidad a la autonomía de la voluntad contractual en el diseño de los estatutos que regirán el emprendimiento –libertad sólo acotada por las normas imperativas conforme el art. 150 CCC-.

Se mantienen las normas imperativas sobre disolución y liquidación que brindan seguridad jurídica y protección a socios y a terceros, tema particular de este ensayo.

## 2. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS.

¿Es limitada la responsabilidad de los socios en la SAS?

El tema es más amplio: la responsabilidad de los socios de sociedades con responsabilidad limitada.

Respecto a la protección de acreedores, se señala por todos los autores que han incursionado en el tratamiento del nuevo tipo que los socios de la SAS limitarán su responsabilidad por las deudas sociales hasta la integración de las acciones suscriptas o adquiridas, garantizando la integración total de los aportes, en forma solidaria e ilimitada, frente a terceros.

Pero debemos recordar inicialmente que esa responsabilidad es conforme al régimen societario, siempre y cuando se cumplan con todas las normas imperativas sobre la dotación patrimonial, pues el problema aparece cuando existe déficit patrimonial en la liquidación o el llamado “déficit concursal”, pues normalmente se sumarían otro tipo de responsabilidades propias de las relaciones de organización personificadas, que consideramos incluídas dentro de la teoría general de la responsabilidad, incluso la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Consideramos que todas las personas jurídicas, y sus miembros y administradores, están sujetos al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo –por acción u omisión- y vínculo causal.

En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad, contenida en el ahora CCC.<sup>2</sup>

## 3. LAS NORMAS IMPERATIVAS.

Para tratar el tema de la responsabilidad de los socios es necesario determinar el orden de prelación de normas, para fijar que previsiones legislativas no deben ser dejadas de lado y constriñen la actuación de los socios, fundando la antijuridicidad de acciones y omisiones si se produjeran daños.

Conforme al art. 143 CCC, cualquiera sea la responsabilidad tipológica del socio, no puede reclamarse a él el pago de las obligaciones contraídas por la persona jurídica societaria, todas las que deben ser atendidas con el patrimonio social<sup>3</sup>. Sólo cuando el patrimonio social es insuficiente o inlocalizable, podrá pensarse en la responsabilidad de los socios, sea por la responsabilidad tipológica o por imputársele una acción u omisión que permita atribuirle responsabilidad ante la existencia de deudas sociales insatisfechas.

---

<sup>2</sup> BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947, con 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.

<sup>3</sup> RICHARD, Efraín Hugo “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.

Es parte de la construcción de un sistema societario la determinación del capital operativo, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan a terceros, quedando implicado en ello la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.<sup>4</sup>

Fundando la conclusión anticipada, el CCC en el art. 150, inc. a, impone que las personas jurídicas privadas (la SAS lo es) se rigen por las normas de la ley especial o, en su defecto, por normas del CCC.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.<sup>5</sup> Evitar el daño y soportar las pérdidas los socios se encuentra también inserto en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido<sup>6</sup> poniendo en peligro la satisfacción del pasivo, se adopte una solución.

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera la causal de disolución prevista en el art. 94.5 LGS –pérdida total del capital social o patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo–, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –art. 94.4 LGS– y que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, debiendo esta última ser viable –art. 100 LGS–. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados.

Al referirse al orden de prelación normativa, puesto que el art. 33 de la LACE<sup>7</sup> dispone que en ese carácter se apliquen las disposiciones de la LGS. Pero la prelación de las leyes aplicables, a tenor de esa norma y de la general previsión del art. 150 CCC, impone señalar que la prelación sería la siguiente y que condiciona la autonomía de la voluntad al pergeñar el Estatuto:

1° - Las normas imperativas de la LACE.

2° - Las normas imperativas de la LGS.

3° - Las normas imperativas CCC

4° - Las normas pactadas por las partes al pergeñar el Estatuto de la SAS y las normas supletorias a falta de previsión.

Lo precedente es congruente con lo dispuesto en el Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 Sección 1ª del Código Civil y Comercial –en adelante CCC–, al margen de definición y comienzo de la existencia, prescribe en 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.*”

Lo dirimente en el tema que estamos tratando es que la LACE no modifica para la SAS el sistema de las causales de disolución y liquidación de la LGS y cCC, en las que basamos la función de garantía del capital social y la responsabilidad de los socios.

<sup>4</sup> Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

<sup>5</sup> RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

<sup>6</sup> GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo–, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, en Volumen Especial N°10: “Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

<sup>7</sup> El artículo 33 LACE constituye del tipo SAS. El artículo 33 señala que la SAS es un “nuevo tipo societario” sometido a las normas de la ley que la crea y, de manera supletoria, por las normas de la ley 19.550 (“Ley General de Sociedades”) *en cuanto se concilien con las de su ley de creación*. La LGS pasaría a un segundo plano y su aplicación esta condicionada a la LACE sobre las SAS, siempre que no se alteren normas imperativas que no hayan sido dejadas sin efecto –y no hay disposición en tal sentido–.

El art. 55 LACE dispone: “DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. La sociedad por acciones simplificada se disolverá, por voluntad de los socios adoptada en reunión de socios, o, en su caso, por decisión del socio único, o por las causales previstas en la ley general de sociedades, 19550 t.o. 1984”. Y remata el art. 56: “LIQUIDACIÓN. La liquidación se realizará conforme las normas de la Ley general de sociedades 19550 to. 1984”.

No hay duda que las normas sobre disolución y liquidación de sociedades son de carácter imperativo, y el art. 96 LGS dispone una opción imperativa a los socios<sup>8</sup>. Es el sistema de protección de terceros ante la autonomía de la voluntad para constituir y dotar a las sociedades.

El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores, sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento, son indisponibles<sup>9</sup>, además de la expresa previsión del referido art. 55 LACE.

La “protección de los terceros” se encuentra bien “protegida”, incluso por la responsabilidad de administradores y socios, cualquiera sea el régimen de responsabilidad del tipo societario, por aplicación de la teoría general de la responsabilidad cuando existiere daño, una antijuridicidad vinculada a acciones u omisiones de aquellos. El art. 167 in fine del CCC aclara la ambigua expresión del art. 99 LGS. Este último expresa que, ante la falta de liquidación, habiéndose constatado una causal de disolución, existe responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsable ilimitada y solidariamente a los administradores respecto de terceros y de los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos últimos. Y el art. 167 del CCC, en el parágrafo 3, sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, expresamente aclara sobre el mismo tema: “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”.

Lo fundamental en el reconocimiento de la personalidad jurídica es la protección de los terceros – conforme señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto CCC-. Insistimos, de los terceros que contrataran con la nueva sociedad persona jurídica, y los terceros acreedores de los socios, particularmente, en el caso de la sociedad unipersonal, que se verán subordinados en la liquidación de la sociedad por los acreedores sociales. Consecuentemente el reconocimiento de la persona jurídica como institución jurídica: nace naturalmente por la autonomía de la voluntad de sus organizadores, pero no puede desaparecer por la voluntad de éstos sino por el cumplimiento de requisitos legales: la liquidación formal.

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente, respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, puntualmente en resguardo de terceros.

En tal sentido localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó la Corte consagrando ilícitas las prácticas de apalancamiento financiero (“leverage buy out”), sancionadas sólo en el caso Centrales Térmicas Patagónicas<sup>10</sup>. Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un “leverage buy out” en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones

<sup>8</sup> Richard, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” publicado a pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>9</sup> RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio e 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>10</sup> Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

que atentasen contra el interés y orden público y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.)". "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

Sobre ello deberíamos reflexionar para el actual caso de “Oil Combustibles S.A.”.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho.

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

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

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hace pensar en una suerte de “contraderecho”<sup>11</sup>. Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley. Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sea cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo<sup>12</sup>, pero también una costumbre contra *leggem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.<sup>13</sup>

#### 4. SOBRE EL CAPITAL SOCIAL EN LAS SAS Y RESPONSABILIDAD.

El patrimonio es necesario para configurar una persona jurídica. En la Sección 3ª, ya referida a la Persona jurídica Privada, el Parágrafo 1° sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154, expresa: “Patrimonio. *La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”. El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores (art. 242 CCC “garantía común” de los acreedores). La personificación de las sociedades es una técnica de simplificación por centralización de todas sus relaciones jurídicas. La personalidad se reconoce en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

Como patrimonio de la SAS se impone un capital mínimo relativamente bajo y actualizable conforme al aumento del Salario Mínimo Vital y Móvil. Por ello se han formalizado críticas al exiguo capital mínimo exigido para la constitución de las SAS. Se ha apuntado que desaparece la función de

<sup>11</sup> EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

<sup>12</sup> PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

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

garantía del capital social. Incluso se ha pensando en el perjuicio a los acreedores involuntarios, pues la normativa actual impondría que los acreedores contractuales –bancos, proveedores- tomen los recaudos suficientes y exijan garantías reales o personales de los socios o administradores. Claro que ello implicaría, según la crítica, la desprotección de los acreedores “involuntarios”, es decir aquellos cuyas obligaciones surgen de actos o hechos jurídicos en los cuales no pueden fijar ni negociar condiciones que mejoren su posición –acreedores laborales, acreedores por indemnizaciones, consumidores, pequeños proveedores, etc.-.

Esa es la realidad, pero creemos errado ese enfoque en cuanto a la desprotección de esos acreedores. La función de garantía del capital social –del patrimonio constitutivo ajustamos- se mantiene aún en la “one dollar corporation”. Lo que puede resentirse es la función de productividad ante la exigua disponibilidad de capital, pero eso corresponderá a la decisión de los constituyentes y a su plan de negocios. Claro que ello no podrá revertirse en intentar transferir el problema a sus acreedores. Estamos hablando de insolvencia y responsabilidad.

Viene al caso señalar que en general se habla de responsabilidad de administradores y en cuanto a los socios se acota al tipo de sociedad constituida: con responsabilidad solidaria, con responsabilidad mancomunada y con responsabilidad limitada. Pero no se advierte otro tipo de responsabilidad –no siempre de todos los socios- basada en la teoría general de la responsabilidad y en la generación de daño por incumplimiento de normas legales y por conductas omisivas o activas culposas o dolosas.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello<sup>14</sup>, uno en Punta del Este -2017- donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro, Catedrático<sup>15</sup> italiano, sobre *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*,<sup>16</sup> aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996, que reiteramos ahora), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal”<sup>17</sup>.

En Punta del Este, nos obsequió el jurista uruguayo Daniel Germán, su libro *Insolvencia y cesación de pagos*, dedicado a la Persona Jurídica<sup>18</sup>, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalente. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos.... Pues bien, la presente obra se refiere, con extensión y profundidad a las relaciones entre el régimen jurídico de la estructura y funcionamiento de las personas jurídicas, especialmente las sociedades mercantiles, y el régimen concursal, cuando son declaradas en concurso de acreedores. No siempre es fácil coordinar e interpretar armónicamente ambos ordenamientos jurídicos”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal a nuestro criterio.<sup>19</sup>

Ratificando nuestra concepción sobre el presupuesto objetivo del concurso, que destacamos en el homenaje a Rippe, señala Germán en su Introducción: “ Del mismo modo y también debido a la complejidad y extensión de la materia, esta obra se ocupa principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interacción del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los

<sup>14</sup>XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

<sup>15</sup> NIGRO, Alessandro “Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?”, disertación en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este octubre 2017, en prensa.

<sup>16</sup> Que disponemos como asistentes a ese Congreso y que se publicará en el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

<sup>17</sup> Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

<sup>18</sup> GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*”, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

<sup>19</sup> Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos..... Se pretende contribuir a la explicación del fenómeno concursal siempre con el objetivo de aportar claridad y soluciones ante las extraordinariamente diversas circunstancias fácticas que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia”<sup>20</sup>. Una lúcida presentación del problema que venimos arguyendo y que impone revisar las normas imperativas del derecho societario o de las personas jurídicas.

De la misma editorial, descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica<sup>21</sup>, de la cual entresacamos “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribucionales, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores”<sup>22</sup>, y de los socios señalamos, para el caso de quiebra en la ley concursal argentina –LCQ-, pero aún en el concurso preventivo aplicando las normas de las leyes específicas: ley general de sociedades –LGS- y Código Civil y Comercial –CCC-, dentro de la teoría general de responsabilidad, pues el daño es el llamado déficit concursal. Señala el autor que ahora seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades coizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regularor de las sociedades cotizadas.

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

<sup>20</sup> GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

<sup>21</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*”, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

<sup>22</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ ob. cit. en el capítulo inmediato a pág. 59.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas”, son a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo haremos en este ensayo.

En el sentido de la prevención las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014<sup>23</sup>, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisficieron el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quiénes crearon a la sociedad o quiénes son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende – y se obtiene-, vaya a saber por qué medios, que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.<sup>24</sup>

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

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo.

<sup>23</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

<sup>24</sup> Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicyclear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal<sup>24</sup>, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-



Congruentemente corresponde señalar<sup>25</sup> que la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LGS). En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la LGS.

No tenemos dudas que las normas que protegen la función de garantía del capital social –hoy algo olvidada frente a la función de operatividad- tienen carácter imperativo y –aunque indubitable a nuestro entender- sobre ello debemos debatir en esta Jornada, particularmente como aporte doctrinal a la judicatura.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”<sup>26</sup> en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

## 5. CAPITALIZACIÓN. PLAN. LIQUIDACIÓN.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender lo es con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad.<sup>27</sup>

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”<sup>28</sup>, y –eventualmente- la capitalización del pasivo<sup>29</sup>.

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un

<sup>25</sup> Con Juan Carlos VEIGA “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

<sup>26</sup> GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodríguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

<sup>27</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

<sup>28</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

<sup>29</sup> FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)....<sup>30</sup>

Ante la pérdida del capital social (patrimonio neto neutro o negativo), las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples<sup>31</sup>, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda, verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*– con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado.

La función de productividad del capital social, limitado aparentemente por el capital mínimo exigido –que meramente es eso: mínimo– puede potenciarse por especiales negocios, particularmente para emprendedores creativos que pueden recurrir sin caer en los riesgos señalados precedentemente, a negocios en participación o con participación. Nos referimos al contrato asociativo de negocio en participación, actuando como gestores –arts. 1448 y ss. CCC, o al mutuo previsto en el art. 1351 CCC que limita su recuperación al resultado de un negocio.

Frente a la pérdida del capital social, donde se impone la liquidación o la capitalización (arts. 94.5, 96, 99 LGS y 167 in fine CCC), la nueva ley trae algunas previsiones interesantes.

Ello son, por ejemplo, las primas fijadas por la LACE, que permite la fijación de primas diferentes para clases de acciones diferentes y en un mismo aumento. Esta posibilidad permite facilitar el ingreso de fondos a la sociedad impactados en patrimonio neto (prima de emisión). La ley contempla esta posibilidad sin que necesariamente los derechos de las acciones de cada clase tengan derechos diferenciados. El estatuto social o el acta de su reforma deberán contener precisiones en orden a la fijación de la prima de emisión para el mejor financiamiento y capitalización de la SAS. La regla del art. 44, ley 27.349 (primas diferenciadas), puede permitir creativas soluciones concursales, conforme el plan de negocios que se proponga.

El artículo 24 inciso II de la ley 27349 incluye la posibilidad de pactar préstamos convertibles en acciones. El artículo está incluido en el Título II de la ley como una de las alternativas que poseen los inversores para participar en un proyecto de financiamiento colectivo. Nos vincula al sistema de obligaciones negociables convertibles, o a la nueva visión del préstamo que introduce el art. 1531 CCC.

La ley solo se limita a mencionar la figura sin dar mayores precisiones acerca de su funcionamiento, lo cual indica que aparece nuevamente la autonomía de la voluntad como fuente de reglamentación. En este caso será de fundamental relevancia el pacto concreto que se celebre entre la SAS y los mutuantes. El Estatuto podrá establecer ciertas previsiones acerca de la figura. En el contrato de préstamo convertible será fundamental establecer la titularidad de la opción de conversión del crédito en acciones –que puede pactarse a favor de la sociedad o del mutuante–, el plazo para ejercerla, los sistemas de conversión, las formalidades a cumplir, etcétera.

<sup>30</sup> ALFARO, Jesus sobre Personalidad y desestimación, en [www.Almacén](http://www.Almacén) de Derecho.

<sup>31</sup> FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

Al incluirse herramientas tales como los préstamos convertibles en acciones, aportes irrevocables de capital, prestaciones accesorias a cargo de terceros y la gran amplitud que incluye la emisión de diferentes clases acciones, es evidente que este tipo de sociedades recurrirán a otro tipo de financiamiento y no solamente al inicial aporte de los socios. Se otorgan así instrumentos a la creatividad de los emprendedores, pero de ello no puede resultar en forma alguna que se eluda responsabilidad o se intente que las pérdidas que generaron sean asumidas por los acreedores en forma directa.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”<sup>32</sup>.

Y sobre el punto incursiona la nueva redacción del art. 100 LGS sobre la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución.

Nada de esto es extraño para los constituyentes y socios de una SAS, es derecho aplicable y su incumplimiento genera responsabilidad al margen de la obligación de integrar el capital social.

## 6. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

La llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” aparece como un resumen o apócope de todas las normas de la teoría de la responsabilidad civil aplicables a ciertos miembros de personas jurídicas, en equivalencia de situaciones de abuso y daño a terceros, que ahora se refuerzan en los arts. 144 y 167 CCC.

La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, que consideramos integra aquel sistema general, en orden a las relaciones de organización, aparece en el caso “Von Seiden”<sup>33</sup> que es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, 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 – violar normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo.

Al decir de Jesús Alfaro, la constitución de una sociedad por socios genera un centro de imputación provisional, obviamente diferenciado del patrimonio de los socios, agregamos. Pero la

<sup>32</sup> OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

<sup>33</sup> RICHARD, Efraín Hugo “RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR”, Revista de las Sociedades y de los Concursos”, Ed. Fidas, pag. 87, Año 18 2017-3.

imputación diferenciada está condicionada al buen uso de la sociedad y que los socios no hayan violentado normas imperativas de la legislación para perjudicar a terceros.

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>34</sup> y de los socios, como se estableció por la Cámara Nacional Civil Sala 3 en fallo del 30 de agosto de 2017, aplicando la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el caso “Von Sanden de Lkein, Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Angel y otros sobre daños y perjuicios”, sosteniéndose: “A los fines de evitar su responsabilidad personal, imputada a los accionistas demandados en los términos del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, por el cumplimiento de una obligación de la sociedad, reconocida judicialmente a favor de la actora, aquellos debieron acreditar que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los artículos 101/112 de la ley 19550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, pues 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 está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios para acreditar la realidad que perjudicó a terceros. ... La grosera ausencia patrimonial de la sociedad demandada, para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace mas que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes de la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total del patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. ... Ante la descapitalización o infracapitalización, se comparte el criterio jurisprudencia ( Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, en el caso Carballude Víctor sobre quiebra” ) que la responsabilidad debe extenderse a los socios cuando la sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria. ...La sociedad ha sido definida como un medio técnico jurídico a través del cual una pluralidad de personas actúan como una unidad que sobrevive a los 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. ...La diferenciación de la personalidad y de la responsabilidad 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, lo cual requiere necesariamente la previa deliberación de los socios. ...Si bien 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....La propia ley 19550 – reformada por la ley 22903 en su artículo 54 – recepta la teoría de la inoponibilidad jurídica, a fin de prescindir de la figura societaria adoptada....”.

Se afirma la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>35</sup>. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.<sup>36</sup>

## 7. MEDITACIONES ANTE LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL.

Y así están y siguen las cosas las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en

<sup>34</sup> 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. ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

<sup>35</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1309.

<sup>36</sup> RICHARD, Efraín Hugo “TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL”, en *Derecho Concursal, 10 años de reflexiones*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss..

suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible<sup>37</sup>, es que ante la crisis económico-patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Tratamos de fundar la aplicación del derecho y la apreciación de conductas no en meros aspectos formales, sino en la observación adecuada de los fines de los institutos y particularmente en el análisis dinámico de una realidad de hoy: la empresa como entidad intermedia entre el Estado y la comunidad, con un criterio ético y funcional para no desvirtuar que el derecho se brinda con un último objetivo cual es el hombre compartiendo colectivamente su humanidad y el medio.

Como criterio ético, nos referimos al criterio primitivo, conforme la distinción aristotélica, se lo usaba como un criterio "adjetivo", tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito o tendencia; a la que se enfrenta una "ética existencialista" -que en muchos casos es una negación de que pueda haber una ética-, conforme la cual parece no haber posibilidad de formular normas morales objetivas, de modo que el único imperativo ético parece ser el que cada uno tiene que decidir por sí mismo. Más que la condena judicial debe recurrirse hoy a la condena social, fundada y explícitamente formulada.

Y por último lo que aparece como central del fallo en el caso "Von Seiden" que hemos explicitado es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, rescatando la aplicación del art. 54 en su previsión final -reforzada por el art. 144 CCC: "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 -violar normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo, pese a lo cual hemos armado el entramado de la responsabilidad en normas imperativas de la LGS y del CCC, quedando como residual aquella llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica".

+++LA LIMITADA RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (y una referencia al caso Von Seiden)

---

<sup>37</sup> DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

1.SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA. 2. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS. 3. LAS NORMAS IMPERATIVAS. 4. SOBRE EL CAPITAL SOCIAL EN LAS SAS Y RESPONSABILIDAD. 5. CAPITALIZACIÓN. PLAN. LIQUIDACIÓN. 6. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. 7. MEDITACIONES ANTE LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL.

La responsabilidad limitada de los socios –o socio único- de la Sociedad por acciones simplificada –en adelante SAS- esta condicionada a que no generen daño incumpliendo normas imperativas del sistema jurídico. Esto es la aplicación del sistema responsabilizador general. Claro que ello es extensivo a todos los socios o accionistas con responsabilidad limitada (o mancomunada) de otros tipos o formas societarias.

## 2. SOBRE LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA.

La Sociedad por Acciones Simplificada -en adelante SAS-, normada por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor –en adelante LACE- , se presenta como herramienta de fomento de la actividad emprendedora y viene inserta en medidas para favorecer al pequeño y mediano empresario. Implica una verdadera revolución del sistema societario recientemente unificado en LGS al introducir un nuevo tipo societario, en la misma senda generada por el actual régimen de las sociedades de la Sección IV del Capítulo I LGS, con flexibilidad de formas y subsidiariedad de un considerable número de normas societarias, generando una mayor autonomía de la voluntad en la configuración del Estatuto en el contrato de constitución.

El nuevo tipo (o clase) societal estaría destinado a promover la actuación de emprendedores con buenas ideas pero con poca estructura y capital, con disposiciones novedosísimas para reducir el control, procurar la resolución de conflictos fuera de tribunales, digitalizar procedimientos para la constitución y la funcionalidad, previendo la posibilidad que sociedades actuales se transformen en SAS (art. 61 LACE) y medios de atraer capitales muy especiales.

No entraremos en el análisis de este interesantísimo instrumento de organización societaria, por lo que no haremos referencia a los importantes aportes de juristas que ya se han expedido. Sólo afrontaremos el tema de la responsabilidad de los socios, ante la suposición general que es limitada y que se ha afectado la función de garantía del capital social, o sea la insuficiencia patrimonial para satisfacer las obligaciones sociales.

La incorporación de la SAS al sistema societario permite una mayor flexibilidad a la autonomía de la voluntad contractual en el diseño de los estatutos que regirán el emprendimiento –libertad sólo acotada por las normas imperativas conforme el art. 150 CCC-.

Se mantienen las normas imperativas sobre disolución y liquidación que brindan seguridad jurídica y protección a socios y a terceros, tema particular de este ensayo.

## 2. LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS.

¿Es limitada la responsabilidad de los socios en la SAS?

---

<sup>38</sup> Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

El tema es más amplio: la responsabilidad de los socios de sociedades con responsabilidad limitada.

Respecto a la protección de acreedores, se señala por todos los autores que han incursionado en el tratamiento del nuevo tipo que los socios de la SAS limitarán su responsabilidad por las deudas sociales hasta la integración de las acciones suscriptas o adquiridas, garantizando la integración total de los aportes, en forma solidaria e ilimitada, frente a terceros.

Pero debemos recordar inicialmente que esa responsabilidad es conforme al régimen societario, siempre y cuando se cumplan con todas las normas imperativas sobre la dotación patrimonial, pues el problema aparece cuando existe déficit patrimonial en la liquidación o el llamado “déficit concursal”, pues normalmente se sumarían otro tipo de responsabilidades propias de las relaciones de organización personificadas, que consideramos incluidas dentro de la teoría general de la responsabilidad, incluso la llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica.

Consideramos que todas las personas jurídicas, y sus miembros y administradores, están sujetos al derecho de daños. No deben dañar. Nos basamos en la teoría general de la responsabilidad en cuanto a la existencia de daño, conducta antijurídica con culpa o dolo –por acción u omisión- y vínculo causal.

En materia societaria y concursal, en la que aplicamos, advertimos que la fuente de responsabilidad de administradores y socios no se encuentra sólo en las normas específicas del derecho societario o concursal, sino en las que devienen de esa teoría general de la responsabilidad, contenida en el ahora CCC.<sup>39</sup>

### 3. LAS NORMAS IMPERATIVAS.

Para tratar el tema de la responsabilidad de socios es necesario determinar el orden de prelación de normas, para fijar que previsiones legislativas no deben ser dejadas de lado y constriñen la actuación de los socios, fundando la antijuridicidad de acciones y omisiones si se produjera daños.

Conforme al art. 143 CCC cualquiera sea la responsabilidad tipológica del socio no puede reclamarse a él el pago de las obligaciones contraídas por la persona jurídica societaria, que deben ser atendidas con el patrimonio social<sup>40</sup>. Sólo cuando el patrimonio social es insuficiente o inlocalizable podrá pensarse en la responsabilidad de los socios, sea por la responsabilidad tipológica o por imputársele una acción u omisión que permita atribuirle responsabilidad ante la existencia de deudas sociales insatisfechas.

Es parte de la construcción de un sistema societario la determinación del capital operativo, pero sólo son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan a terceros, quedando implicado en ello la función de garantía del capital estatutario, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de los terceros acreedores y su patrimonio.<sup>41</sup>

Fundando la conclusión anticipada, el CCC en el art. 150, inc. a, impone que las personas jurídicas privadas (la SAS lo es) se rigen por las normas de la ley especial o, en su defecto, por normas del CCC.

---

<sup>39</sup> BORGARELLO, Luisa Isabel – RICHARD, Efraín Hugo “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL y LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS” en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires setiembre 2016, n° 346, pág. 947, con 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.

<sup>40</sup> RICHARD, Efraín Hugo “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.

<sup>41</sup> Todos los ordenamientos europeos, por efecto de la 2ª Directiva, incluyen una regulación imperativa del capital social orientada a proteger a los acreedores sociales frente a las consecuencias de la responsabilidad limitada de los socios.

Los límites aparecen como moldeadores de la responsabilidad en las sociedades respecto de terceros, cualquiera sea el régimen de que surja del tipo adoptado o de las precisiones estatutarias.<sup>42</sup> Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”<sup>43</sup> poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución.

Como anticipo de esa situación patrimonial que genera la causal de disolución prevista en el art. 94.5 LGS –pérdida total del capital social o patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo–, aparece otra dentro de las legislaciones societarias, cual es la imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social –art. 94.4 LGS–, que es convergente con la idea de la conservación de la empresa, que debe ser viable –art. 100 LGS–. Esto importa también una protección de todos los intereses involucrados.

Al referirse al orden de prelación normativo, puesto que el art. 33 de la LACE<sup>44</sup> dispone que en ese carácter se apliquen las disposiciones de la LGS. Pero la prelación de las leyes aplicables, a tenor de esa norma y de la general previsión del art. 150 CCC, impone señalar que la prelación sería la siguiente y que condiciona la autonomía de la voluntad al pergeñar el Estatuto:

1º - Las normas imperativas de la LACE.

2º - Las normas imperativas de la LGS.

3º - Las normas imperativas CCC

4º - Las normas pactadas por las partes al pergeñar el Estatuto de la SAS y las normas supletorias a falta de previsión.

Lo precedente es congruente con lo dispuesto en el Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 Sección 1ª del Código Civil y Comercial –en adelante CCC–, al margen de definición y comienzo de la existencia, prescribe en 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.*”

Lo dirimente en el tema que estamos tratando es que la LACE no modifica para la SAS el sistema de las causales de disolución y liquidación de la LGS y CCC, en las que basamos la función de garantía del capital social y la responsabilidad de socios.

El art. 55 LACE dispone “DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN. La sociedad por acciones simplificada se disolverá, por voluntad de los socios adoptada en reunión de socios, o, en su caso, por decisión del socio único, o por las causales previstas en la ley general de sociedades, 19550 t.o. 1984”. Y remata el art. 56: “LIQUIDACIÓN. La liquidación se realizará conforme las normas de la Ley general de sociedades 19550 to. 1984”.

---

<sup>42</sup> RICHARD, Efraín Hugo “La responsabilidad de socios en las sociedades simple y en las con responsabilidad limitada” en *Derecho Comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, n° 280, septiembre/octubre 2016, Bs.As. 2ª quincena de noviembre, en Sección I Congreso Internacional de Derecho Comercial, pág. 539.

<sup>43</sup> GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo–, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario*, AAVV “Crisis de Sociedades y la legislación societaria”, en Volumen Especial N°10: “Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

<sup>44</sup> El artículo 33 LACE constituye del tipo SAS. El artículo 33 señala que la SAS es un “nuevo tipo societario” sometido a las normas de la ley que la crea y, de manera supletoria, por las normas de la ley 19.550 (“Ley General de Sociedades”) *en cuanto se concilien con las de su ley de creación*. La LGS pasaría a un segundo plano y su aplicación esta condicionada a la LACE sobre las SAS, siempre que no se alteren normas imperativas que no hayan sido dejadas sin efecto –y no hay disposición en tal sentido–.



No hay duda que las normas sobre disolución y liquidación de sociedades son de carácter imperativo, y el art. 96 LGS dispone una opción imperativa a los socios<sup>45</sup>. Es el sistema de protección de terceros ante la autonomía de la voluntad para constituir y dotar a las sociedades.

El art. 99 LGS señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios. Y todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles<sup>46</sup>, además de la expresa previsión del referido art. 55 LACE.

La “protección de los terceros” se encuentra bien “protegida”, incluso por la responsabilidad de administradores y socios, cualquiera sea el régimen de responsabilidad del tipo societario, por aplicación de la teoría general de la responsabilidad cuando existiere daño, una antijuridicidad vinculada a acciones u omisiones de aquellos. El art. 167 in fine CCC aclara la ambigua expresión del art. 99 LGS. Este último expresa ante la falta de liquidación habiéndose constatado una causal de disolución “Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente (a los administradores) respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Y el art. 167 CCC en el párrafo 3 sobre Disolución y Liquidación de las Personas Jurídicas privadas, expresa aclara sobre el mismo tema: “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”.

Lo fundamental en el reconocimiento de la personalidad jurídica es la protección de los terceros – conforme señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto CCC-. Insistimos, de los terceros que contrataran con la nueva sociedad persona jurídica, y los terceros acreedores de los socios, particularmente en el caso de la sociedad unipersonal, que se verán subordinados en la liquidación de la sociedad por los acreedores sociales. Consecuentemente el reconocimiento de la persona jurídica como institución jurídica: nace naturalmente por la autonomía de la voluntad de sus organizadores, pero no puede desaparecer por la voluntad de éstos sino por el cumplimiento de requisitos legales: la liquidación formal.

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros.

En tal sentido localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó la Corte consagrando ilícitas las prácticas de apalancamiento financiero (“leverage buy out”), sancionadas sólo en el caso Centrales Térmicas Patagónicas<sup>47</sup>. Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un “leverage buy out” en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo cit. considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

<sup>45</sup> Richard, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” publicado a pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>46</sup> RICHARD, Efraín Hugo “EL LABERINTO DE LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y SU REMEDIACIÓN” en pág. 111 del n° 7 de ESTUDIOS DE DERECHO EMPRESARIO, julio de 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba.

<sup>47</sup> Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.

Sobre ello deberíamos reflexionar para el actual caso de “Oil Combustibles S.A.”.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho.

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

Pero en cuanto se compromete la continuidad del giro empresario –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.

La falta de aplicación de las normas imperativas de la ley societaria ante situaciones concursales nos hace pensar en una suerte de “contraderecho”<sup>48</sup>. Principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar de derecho ni cometer fraude a la ley. Las tradicionales quitas pueden constituir un despojo cuando afectan el derecho de propiedad o sean cuando son despojatorias del derecho de los acreedores beneficiando indirectamente a los socios en cualquier país del mundo<sup>49</sup>, pero también una costumbre contra *leggem* frente a normas imperativas como las que existen en la República Argentina.<sup>50</sup>

#### 4. SOBRE EL CAPITAL SOCIAL EN LAS SAS Y RESPONSABILIDAD.

El patrimonio es necesario para configurar una persona jurídica. En la Sección 3ª, ya referida a la Persona jurídica Privada, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154 expresa “Patrimonio. *La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”. El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores (art. 242 CCC “garantía común” de los acreedores). La personificación de las sociedades es una técnica de simplificación por centralización de todas sus relaciones jurídicas. La personalidad se reconoce en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

Como patrimonio de la SAS se impone un capital mínimo relativamente bajo y actualizable conforme al aumento del Salario Mínimo Vital y Móvil. Por ello se han formalizado críticas al exiguo capital mínimo exigido para la constitución de las SAS. Se ha apuntado que desaparece la función de garantía del capital social. Incluso se ha pensando en el perjuicio a los acreedores involuntarios, pues la normativa actual impondría que los acreedores contractuales –bancos, proveedores- tomen los recaudos suficientes y exijan garantías reales o personales de los socios o administradores. Claro que ello implicaría, según la crítica, la desprotección de los acreedores “involuntarios”, es decir aquellos cuyas obligaciones surgen de actos o hechos jurídicos en los cuales no pueden fijar ni negociar condiciones que mejoren su posición –acreedores laborales, acreedores por indemnizaciones, consumidores, pequeños proveedores, etc.-.

<sup>48</sup> EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO, con Juan Carlos VEIGA en El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

<sup>49</sup> PALAZZO, José Luis – RICHARD, Efraín Hugo “VISION BÁSICA CONSTITUCIONAL DE PROPUESTA ÍRRITA DE QUITA Y ESPERA”, en libros del “VI Congreso Nacional de Derecho Concursal y IV Congreso Iberoamericano de la Insolvencia”, Rosario 2006, Tomo I pág. 715.

<sup>50</sup> VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo “EL CONTRADERECHO: LAS NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO” en *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*, XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO, VIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, 25 al 27 de septiembre de 2013, Ed. Universidad Argentina de la Empresa y Cámara de Sociedades Anónimas, tomo I pág. 161.

Esa es la realidad, pero creemos errado ese enfoque en cuanto a la desprotección de esos acreedores. La función de garantía del capital social –del patrimonio constitutivo ajustamos- se mantiene aún en la “one dollar corporation”. Lo que puede resentirse es la función de productividad ante la exigua disponibilidad de capital, pero eso corresponderá a la decisión de los constituyentes y a su plan de negocios. Claro que ello no podrá revertirse en intentar transferir el problema a sus acreedores. Estamos hablando de insolvencia y responsabilidad.

Viene al caso señalar que en general se habla de responsabilidad de administradores y en cuanto a los socios se acota al tipo de sociedad constituida: con responsabilidad solidaria, con responsabilidad mancomunada y con responsabilidad limitada. Y no se advierte otro tipo de responsabilidad –no siempre de todos los socios- basada en la teoría general de la responsabilidad: generación de daño por incumplimiento de normas legales y de conductas omisivas o activas culposas o dolosas.

En dos recientes Congresos Internacionales insistimos sobre ello<sup>51</sup>, uno en Punta del Este -2017- donde entregó sobre el tema un particular ensayo Alessandro Nigro, Catedrático<sup>52</sup> italiano, sobre *Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?*,<sup>53</sup> aunque nos consta que viene trabajando con esa visión desde hace muchos años (nosotros hemos citado trabajos del mismo del año 1996, que reiteramos ahora), y en el segundo afrontamos “El abuso en el derecho societario y en el proceso concursal”<sup>54</sup>.

En Punta del Este, nos obsequió el jurista uruguayo Daniel Germán, su libro *Insolvencia y cesación de pagos* dedicado a la Persona Jurídica<sup>55</sup>, en cuyo prólogo el jurista español José Antonio SOTILLO expresa “Además, en el caso de personas jurídicas mercantiles deudoras, con las normas concursales se entremezcla la regulación jurídica de las sociedades mercantiles, resultando en ocasiones, difícil de determinar cuál debe ser la norma prevalene. Es necesario, pues el estudio coordinado de ambos conjuntos normativos.... Pues bien, la presente obra se refiere, con extensión y profundidad a las relaciones entre el régimen jurídico de la estructura y funcionamiento de las personas jurídicas, especialmente las sociedades mercantiles, y el régimen concursal, cuando son declaradas en concurso de acreedores. No siempre es fácil coordinar e interpretar armónicamente ambos ordenamientos jurídicos”. Concordamos, obviamente, pero en torno a la crisis de sociedades la cuestión es anticipatoria y opera como preconcursal a nuestro criterio.<sup>56</sup>

Ratificando nuestra concepción sobre el presupuesto objetivo del concurso, que destacamos en el homenaje a Rippe, señala Germán en su Introducción: “ Del mismo modo y también debido a la complejidad y extensión de la materia, esta obra se ocupa principalmente del estudio del Derecho concursal, aunque sin obviar ni desconocer la compleja interacción del mismo con las normas que rigen el funcionamiento orgánico de las personas jurídicas, sobre todo, teniendo presente que muchos de los problemas y dificultades interpretativas que el Derecho concursal plantea, tanto en Uruguay como en España, encuentran su origen, explicación y, en ocasiones solución, en el estrecho y no siempre armónico relacionamiento de ambos conjuntos normativos..... Se pretende contribuir a la explicación del fenómeno concursal siempre con el objetivo de aportar claridad y soluciones ante las extraordinariamente diversas circunstancias fácticas que afectan a los distintos tipos de personas jurídicas declaradas en concurso o que, sin estarlo, se encuentran en estado de insolvencia”<sup>57</sup>. Una lúcida presentación del problema que

<sup>51</sup>XIII Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este, República Oriental del Uruguay, y 3er. Congreso Panamericano de Derecho Societario, Concursal y del Consumo, San José de Costa Rica, ambos en sucesivas fechas del mes de octubre de 2017.

<sup>52</sup> NIGRO, Alessandro “Il «diritto societario della crisi»: una nuova frontiera?”, disertación en el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Punta del Este octubre 2017, en prensa.

<sup>53</sup> Que disponemos como asistentes a ese Congreso y que se publicará en el próximo número del Anuario de Derecho Comercial uruguayo.

<sup>54</sup> Publicado en *Derecho societario, concursal y del consumo. Panamericano*. AAVV, Directores Gabriela Boquin – Alvaro Hernández Aguilar, pág. 430. Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, octubre 2017.

<sup>55</sup> GERMÁN, Daniel *Concurso y Estado de Insolvencia. Efectos sobre los órganos de administración y representación del Personas Jurídicas. Estudios del Derecho Uruguayo y Español*”, Ed. La Ley, Uruguay, Montevideo 2016.

<sup>56</sup> Como puede verse en el ensayo citado en nota 2.

<sup>57</sup> GERMAN ob. cit págs. XXX y XXXI.

venimos arguyendo y que impone revisar las normas imperativas del derecho societario o de las personas jurídicas.

De la misma editorial, descubrimos en Punta del Este, la tesis de Carlos E. López Rodríguez sobre responsabilidad de administradores por el déficit concursal, que –obviamente- se centra en la Persona jurídica<sup>58</sup>, de la cual entresacamos “...la responsabilidad por el déficit concursal sirve para obtener la sujeción del patrimonio de los administradores, liquidadores o apoderados generales del deudor que en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribucionales, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja situación económica de la que en pocas ocasiones resultan indemnes. En general, una vez promovido un proceso concursal los acreedores deben asumir un empeoramiento de sus créditos sea en cuanto a su monto o en cuanto al tiempo de percepción” (pág. 56), apuntando a página siguiente “No nos referiremos en esta parte al Derecho argentino, en razón de que la LCA (Ley 24522 y reformas, aclaramos) carece de regulación alguna respecto a responsabilidad de los administradores por el déficit concursal”. Esta última apreciación es por no haber conjugado las normas imperativas del derecho societario, que pueden llegar a alcanzar a socios de control, que si trata “el caso en que el deudor sea una persona jurídica, el enjuiciamiento de las condiciones ha de referirse a la actuación de los administradores”<sup>59</sup>, y de los socios señalamos, para el caso de quiebra en la ley concursal argentina –LCQ-, pero aún en el concurso preventivo aplicando las normas de las leyes específicas: ley general de sociedades –LGS- y Código Civil y Comercial –CCC-, dentro de la teoría general de responsabilidad, pues el daño es el llamado déficit concursal. Señala el autor que ahora seguimos “En este punto, el legislador español parece haber seguido las orientaciones del Informe Winter, que señala –aunque sólo en relación a las sociedades coizadas- que si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no pueden continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla, de lo contrario, los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores, por los créditos impagos”. Indica en la cita que ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regularor de las sociedades cotizadas.

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

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica. Ello tal como lo indican los artículos primero de las leyes de sociedades argentina y uruguaya: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello, como sostenemos hace más de 20 años y lo haremos en este ensayo.

---

<sup>58</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

<sup>59</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ ob. cit. en el capítulo inmediato a pág. 59.

En el sentido de la prevención las conclusiones adoptadas en la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014<sup>60</sup>, en la que se acordó (1) *“El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia... también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incurso en procesos de insolvencia en toda la Unión.*

Es que frente a una crisis económico patrimonial de sociedades se suelen desenvolver estrategias o planes de insolvencia que infringen las normas específicas, los administradores y socios suelen eludir la funcionalidad societaria, omitiendo la confección de balances, ante resultados que indican que el patrimonio es insuficiente para afrontar la actividad económica o, peor aún, que los activos no satisfacen el pasivo, no capitalizan ni liquidan la sociedad –minimizando el posible daño a los acreedores y empleados-, incluso demorando una presentación en concurso tendiente a reorganizar la situación.

Esta actitud omisiva de quienes crearon a la sociedad o son sus titulares actuales, unida a la de los administradores designados por ellos, termina desembocando en un concurso donde se pretende –y se obtiene-, vaya a saber por que medios que sean los acreedores los que solucionen la cuestión por medio de esperas y quitas.<sup>61</sup>

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

En el derecho argentino los socios tienen el deber de reintegrar el capital si este se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LGS de capitalizar el pasivo.

Congruentemente corresponde señalar<sup>62</sup> que la constatación de pérdida del capital social determina contablemente que los socios han perdido totalmente su inversión. La ley societaria les otorga la posibilidad de reintegrar o aumentar el capital social, evitando la liquidación. El apartarse de tales

<sup>60</sup> United Nations Commission on International Trade Law, Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.

<sup>61</sup> Sobre este aspecto vienen a cuento las expresivas y sinceras manifestaciones *obiter dictum* del camarista Dr. Alfredo A. Kölliker Frers “la realidad cotidiana de nuestros tribunales demuestra que los ‘verdaderos acreedores permanecen ajenos, en general, al trámite de los concursos, ya sea por desconocer siquiera su existencia, por falta de información o por ignorancia sobre como manejarse en ese tipo de contingencias, o incluso por carecer de asesoramiento legal o, simplemente, por fastidio o hastío por un sistema legal que desde la perspectiva popular sólo pareciera proteger a los deudores y desamparar a los acreedores. En fin, cualquiera sea la razón de esta realidad, lo cierto es que estos acreedores “genuinos” –mayormente proveedores, trabajadores y/o genéricamente, acreedores comerciales- deben presenciar como el concursado y sus asesores letrados diseñan estrategias que les posibilitan a estos últimos “manejar” las mayorías concursales para imponerles a aquéllos propuestas abusivas, cuando no irrisorias, para dilatar su pago, o diluir o licuar directamente sus créditos hasta límites inconcebibles. ¿Puede seriamente creerse, entonces, que esos desprotegidos acreedores estarán en condiciones de evaluar si la falta de actividad actual y/o potencial del concursado constituye o no un óbice para el éxito de la solución preventiva, cuando además de carecer por completo de todo tipo de información acerca de la actividad comercial del deudor, se procura por todos los medios que aquéllos no participen del procedimiento concursal (si es que se enteran de su existencia) y son frecuentemente excluidos de la “voluntad” del colegio de acreedores mediante la interposición de acreedores ficticios o ya “desinteresados” deliberadamente para que brinden su connivente complacencia a las estrategias del deudor, situación que se agrava si se tiene en cuenta que ni siquiera este último está obligado por la ley a decir qué se propone hacer con su empresa y de dónde piensa sacar los fondos con los que les va a pagar? Sinceramente creo que no... se tiene la más absoluta certeza desde la perspectiva de juez que el único objeto del deudor es “bicicletear” a los acreedores y/o ganar tiempo para asegurarse un espacio temporal durante el cual poder diluir su responsabilidad patrimonial y garantizar la inmunidad de los responsables de la falencia”. Como compartimos este diagnóstico, tan brutal<sup>61</sup>, es que dirigimos nuestros razonamientos a dar una inteligencia constructivista al sistema concursal actual, particularmente en relación a la actividad empresaria organizada como sociedad, integrándolo a la legislación específica de la actual Ley General de Sociedades –LGS-

<sup>62</sup> Con Juan Carlos VEIGA “NUEVA VISIÓN EN TORNO A LA HOMOLOGACIÓN DE ACUERDOS CON QUITAS EN CONCURSO DE SOCIEDADES. EL ABUSO Y EL FRAUDE”, en VIIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VIº CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA, Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

conductas importa generar responsabilidad a los administradores y a los socios (art. 99 LGS). En tal supuesto, el intento de homologación de un acuerdo de quita implica un abuso de derecho para no asumir sus obligaciones los socios y enriquecerlos, con empobrecimiento de los acreedores y la posibilidad de un fraude a la LGS.

No tenemos dudas que las normas que protegen la función de garantía del capital social –hoy algo olvidada frente a la función de operatividad- tienen carácter imperativo y –aunque indubitable a nuestro entender- sobre ello debemos debatir en esta Jornada, particularmente como aporte doctrinal a la judicatura.

Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”<sup>63</sup> en forma tal que corre peligro la satisfacción del pasivo.

## 5. CAPITALIZACIÓN. PLAN. LIQUIDACIÓN.

Si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión, y a su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento: anticiparse a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. Y la crisis societaria suele acercar el régimen concursal que, a nuestro entender con especiales notas cuando es el concurso de una sociedad.<sup>64</sup>

“La suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresarial es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna”<sup>65</sup>, y –eventualmente- la capitalización del pasivo<sup>66</sup>.

Una vez que se generaliza la responsabilidad limitada para todas las sociedades, la cifra de capital sirve, fundamentalmente, a la protección de los acreedores. En contrapartida por la irresponsabilidad por las deudas sociales, los accionistas han de “ofrecer” a los acreedores sociales un patrimonio específico que pueda ser atacado por éstos para cobrar sus créditos (función de garantía del capital social)....<sup>67</sup>

<sup>63</sup> GARCIA CRUCES, José Antonio *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado RDCO N° 277, Marzo/abril 2016, pág. 399 investigación “*La Causal de la Disolución de la Sociedad por pérdida del Capital Social y la Convergencia en este aspecto con la Legislación Concursal y Societaria*”. Una apreciación comparatistas entre las legislaciones: colombiana, peruana, uruguaya, argentina y española” Esteban Carbonell O’Brien (Perú), Israel Creimer (Uruguay), German Monroy Alarcón (Colombia) y Efraín Hugo Richard (Argentina) Codirectores; y José Pajares y Jesús Quijano Gonzales (España), Claudia Celmira Quintero y Romeo Pedroza Garcés (Colombia), Teresita Rodriguez Mascardi y Alicia Ferrer (Uruguay).

<sup>64</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Crisis societaria: integración del sistema concursal con el societario” RDCO 266-243 sección doctrina.

<sup>65</sup> Cám. Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, con fecha 15 de junio de 2005, en la causa “Salazar, Oscar E. c/ Forestal El Milagro SRL”, LLNOA 2005-1446

<sup>66</sup> FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

<sup>67</sup> ALFARO, Jesus sobre Personalidad y desestimación, en [www.Almacén](http://www.Almacén) de Derecho.

Ante la pérdida del capital social (patrimonio neto neutro o negativo), las soluciones normativas-doctrinarias a la capitalización son múltiples<sup>68</sup>, permitiendo a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios, con o sin prima, con derecho de rescate, generando preferencias patrimoniales que limiten sus derechos políticos, ubicándolas en una clase, y otras soluciones con las que se afrontan crisis extrajudicialmente y con gran confidencialidad. Incluso la liquidación privada, a bajo coste, importa una suerte de concurso de hecho, que no impide la petición de quiebra por algún acreedor que, sin duda verá por ese medio menguado su derecho en el concurso, pues de haber responsabilidades podría ejercerlas individualmente. Liquidación que puede encararse con continuidad de la empresa, conforme un plan, para tratar de enajenarla privadamente. Las cláusulas o convenios de preferencia para la recompra de acciones son de validez indiscutida en el derecho comparado. La entrega a la par de obligaciones negociables convertibles puede ser una solución compatible.

La capitalización del pasivo tiene efectos tributarios neutros y libera a fiadores y deudores solidarios, y parece ser el lineamiento que se aconseja en los “acuerdos privados” –*company voluntary arrangement*- con los acreedores financieros, que de ser la empresa viable rápidamente colocarán sus participaciones en el mercado.

La función de productividad del capital social, limitado aparentemente por el capital mínimo exigido –que meramente es eso: mínimo- puede potenciarse por especiales negocios, particularmente para emprendedores creativos que pueden recurrir sin caer en los riesgos señalados precedentemente, a negocios en participación o con participación. Nos referimos al contrato asociativo de negocio en participación, actuando como gestores –arts. 1448 y ss. CCC, o al mutuo previsto en el art. 1351 CCC que limita su recuperación al resultado de un negocio.

Frente a la pérdida del capital social, donde se impone la liquidación o la capitalización (arts. 94.5, 96, 99 LGS y 167 in fine CCC) la nueva ley trae algunas provisiones interesantes.

Ello son, por ejemplo, las primas fijadas por la LACE, que permite la fijación de primas diferentes para clases de acciones diferentes, en un mismo aumento. Esta posibilidad permite facilitar el ingreso de fondos a la sociedad impactados en patrimonio neto (prima de emisión). La ley contempla esta posibilidad sin que necesariamente los derechos de las acciones de cada clase tengan derechos diferenciados. El estatuto social o el acta de su reforma deberán contener precisiones en orden a la fijación de la prima de emisión para el mejor financiamiento y capitalización de la SAS. La regla del art. art. 44, ley 27.349 (primas diferenciadas) puede permitir creativas soluciones concursales, conforme el plan de negocios que se proponga.

El artículo 24 inciso II de la ley 27349 incluye la posibilidad de pactar préstamos convertibles en acciones. El artículo está incluido en el Título II de la ley como una de las alternativas que poseen los inversores para participar en un proyecto de financiamiento colectivo. Nos vincula al sistema de obligaciones negociables convertibles, o a la nueva visión del préstamo que introduce el art. 1531 CCC.

La ley solo se limita a mencionar la figura sin dar mayores precisiones acerca de su funcionamiento, lo cual indica que aparece nuevamente la autonomía de la voluntad como fuente de reglamentación. En este caso será de fundamental relevancia el pacto concreto que se celebre entre la SAS y los mutuantes. El Estatuto podrá establecer ciertas provisiones acerca de la figura. En el contrato de préstamo convertible será fundamental establecer la titularidad de la opción de conversión del crédito en acciones –que puede pactarse a favor de la sociedad o del mutuante-, el plazo para ejercerla, los sistemas de conversión, las formalidades a cumplir, etcétera.

Al incluirse herramientas tales como los préstamos convertibles en acciones, aportes irrevocables de capital, prestaciones accesorias a cargo de terceros y la gran amplitud que incluye la emisión de diferentes clases acciones, es evidente que este tipo de sociedades recurrirán a otro tipo de financiamiento y no

---

<sup>68</sup> FIMMANO, Francesco, “L’ allocazione efficiente dell’ impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci”, en *Revista delle società*, 2010, páginas 57 y siguientes.

solamente al inicial aporte de los socios. Se otorgan así instrumentos a la creatividad de los emprendedores, pero de ello no puede resultar en forma alguna que eluda responsabilidad o intenten que las pérdidas que generaron sean asumidas por los acreedores en forma directa.

Recordando algo olvidado por jurisprudencia y doctrina nacional, se dice “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”<sup>69</sup>.

Y sobre el punto incursiona la nueva redacción del art. 100 LGS sobre la viabilidad económica y social de la actividad desplegada por la sociedad con causales de disolución.

Nada de esto es extraño para los constituyentes y socios de una SAS, es derecho aplicable y su incumplimiento genera responsabilidad al margen de la obligación de integrar el capital social.

## 6. LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

La llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” aparece como un resumen o apócope de todas las normas de la teoría de la responsabilidad civil aplicables a ciertos miembros de personas jurídicas, en equivalencia de situaciones de abuso y daño a terceros, que ahora se refuerzan en los arts. 144 y 167 CCC.

La llamada inoponibilidad de la personalidad jurídica, que consideramos integra aquel sistema general, en orden a las relaciones de organización, aparece en el caso “Von Seiden”<sup>70</sup> que es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, 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 –violando normas imperativas del sistema societario–, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo.

Al decir de Jesús Alfaro la constitución de una sociedad por socios genera un centro de imputación provisional, obviamente diferenciado del patrimonio de los socios agregados. Pero la imputación diferenciada está condicionada al buen uso de la sociedad y que los socios no hayan violentado normas imperativas de la legislación para perjudicar a terceros.

<sup>69</sup> OLIVERA AMATO, Juan M. “Herramientas societarias para la solución y prevención de las crisis empresariales” en *Situaciones de crisis en las sociedades comerciales* AAVV directores José Miguel Embid Irujo, Daniel Roque Vitolo, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires 2010, pág.31 y ss., esp.35.

<sup>70</sup> RICHARD, Efraín Hugo “RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS: UN FALLO SENCILLO Y EJEMPLIFICADOR”, Revista de las Sociedades y de los Concursos”, Ed. Fidas, pag. 87, Año 18 2017-3.



La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, la tutela de acreedores impone pensar en la responsabilidad de los administradores<sup>71</sup> y de los socios, como se estableció por la Cámara Nacional Civil Sala 3 en fallo del 30 de agosto de 2917, aplicando la llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” en el caso “Von Sanden de Klein, Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Angel y otros sobre daños y perjuicios”, sosteniéndose “A los fines de evitar su responsabilidad personal, imputada a los accionistas demandados en los términos del artículo 54 tercer párrafo de la ley 19550, por el cumplimiento de una obligación de la sociedad, reconocida judicialmente a favor de la actora, aquellos debieron acreditar que la sociedad haya sido liquidada mediante el correspondiente proceso que regulan los artículos 101/112 de la ley 19550, lo que demuestra la falta total de capital de la sociedad, pues 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 está enderezado a satisfacer el interés social a través del cumplimiento del objeto de la sociedad, pues nadie mejor que los socios para acreditar la realidad que perjudicó a terceros. ... La grosera ausencia patrimonial de la sociedad demandada, para hacer frente a responsabilidades patrimoniales, no hace mas que trasladar estos actos en forma directa a los partícipes de la misma, pues han sido ellos que han llevado a esta situación en la cual se ha generado una carencia total del patrimonio a fin de salvaguardar, primero a la sociedad misma y luego hacia los terceros que pudieran verse afectados por los actos de ella. ... Ante la descapitalización o infracapitalización, se comparte el criterio jurisprudencia ( Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, en el caso Carballude Víctor sobre quiebra” ) que la responsabilidad debe extenderse a los socios cuando la sociedad haya desaparecido sin efectuar el trámite de liquidación prevista por la legislación societaria. ...La sociedad ha sido definida como un medio técnico jurídico a través del cual una pluralidad de personas actúan como una unidad que sobrevive a los 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. ...La diferenciación de la personalidad y de la responsabilidad 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, lo cual requiere necesariamente la previa deliberación de los socios. ...Si bien 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....La propia ley 19550 – reformada por la ley 22903 en su artículo 54 – recepta la teoría de la inoponibilidad jurídica, a fin de prescindir de la figura societaria adoptada....”.

Se afirma la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”<sup>72</sup>. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.<sup>73</sup>

## 7. MEDITACIONES ANTE LA INSUFICIENCIA PATRIMONIAL.

Y así están y siguen las cosas las cosas. “Se advierte... una tónica uniforme que exterioriza disconformidad frente a la insatisfacción de los sistemas destinados a regular las crisis empresarias, y en suma, el fracaso de la legislación, lo que constituye una causa determinante de sucesivas reformas en búsqueda irrenunciable de la estrella polar de una solución imposible”<sup>74</sup>, es que ante la crisis económico-

<sup>71</sup> 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. ob. cit. pág. 1310. Como acción extraconcursal.

<sup>72</sup> MIOLA ob. cit. pág. 1309.

<sup>73</sup> RICHARD, Efraín Hugo “TEORIZACIÓN SOBRE SOCIEDADES COMERCIALES EN CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIAL”, en *Derecho Concursal, 10 años de reflexiones*, Instituto Colombiano de Derecho Concursal, Bogotá 2017, pág. 195 y ss..

<sup>74</sup> DASSO, Ariel Ángel *Tendencias actuales del derecho concursal*, Editorial Ad Hoc, Bs. As. 1999, p.49.

patrimonial-financiera de las sociedades, la misma debe ser asumida desde el derecho societario. Sólo fracasadas las acciones previstas en el mismo, para conservar la empresa podrá afrontarse el camino concursal, con el debido equilibrio entre acreedores y socios. El derecho societario iberoamericano es suficientemente uniforme para admitir (e imponer) estas conductas.

Tratamos de fundar la aplicación del derecho y la apreciación de conductas no en meros aspectos formales, sino en la observación adecuada de los fines de los institutos y particularmente en el análisis dinámico de una realidad de hoy: la empresa como entidad intermedia entre el Estado y la comunidad, con un criterio ético y funcional para no desvirtuar que el derecho se brinda con un último objetivo cual es el hombre compartiendo colectivamente su humanidad y el medio.

Como criterio ético, nos referimos al criterio primitivo, conforme la distinción aristotélica sólo se lo usaba como un criterio "adjetivo", tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las costumbres y en el hábito o tendencia; a la que se enfrenta una "ética existencialista" -que en muchos casos es una negación de que pueda haber una ética-, conforme la cual parece no haber posibilidad de formular normas morales objetivas, de modo que el único imperativo ético parece ser el que cada uno tiene que decidir por sí mismo. Más que la condena judicial debe recurrirse hoy a la condena social, fundada y explícitamente formulada.

Y por último lo que aparece como central del fallo en el caso "Von Seiden" que hemos explicitado es una suerte de síntesis de ese orden imperativo en resguardo de terceros, rescatando la aplicación del art. 54 en su previsión final -reforzada por el art. 144 CCC: "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 -violar normas imperativas del sistema societario-, pues implica un fraude a la ley societaria, sintetizado en el referido artículo, pese a lo cual hemos armado el entramado de la responsabilidad en normas imperativas de la LGS y del CCC, quedando como residual aquella llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica".