

“SOCIEDADES, INCLUSO UNIPERSONALES, Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS”.

Efraín Hugo RICHARD¹

INDICE: I – LA TEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL. II – NOVEDADES EN CCC Y EN LGS: LA SOCIEDAD CONSTITUIDA POR DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD Y LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4º LGS –arts. 21 a 26-. III – LA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA. IV – LA PERSONALIDAD Y LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO Y DEL CAPITAL SOCIAL. V – EL ACCESO A RESPONSABILIZAR A ADMINISTRADORES Y SOCIOS. LA INSOLVENCIA. VI - LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. RESPUESTAS IMPERATIVAS DE LA LEY DE SOCIEDADES A LAS CRISIS. RESPONSABILIDAD. ART. 99 LSA. VII – ALGO SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. VIII – AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA. IX – LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS FRENTE A TERCEROS ACREEDORES, INCLUSO LABORALES –art. 100 LGS, 2,10,13, 1710 CCC. X – DIVAGANDO SOBRE PRIVILEGIOS LABORALES Y CONCURSOS. XI– CONCLUYENDO PARA EL DEBATE.

En un encuentro doctrinario en torno a la organización societaria y las relaciones de trabajo, con limitaciones temporales, centramos nuestra atención en un punto conflictivo: la satisfacción de los créditos del trabajador frente a las sociedades que incumplan sus obligaciones, poniendo especial atención tanto en las nuevas estructuras societarias como en las prevenciones de la crisis de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial (CCC) y Ley General de Sociedades (LGS).

El análisis desde las especialidades permitirá una relectura sistemática (art. 2 CCC) buscando la seguridad de principios que aseguren derechos de los trabajadores y eviten responsabilidades de administradores y socios.

La tesis que exponemos es que el CCC, como la LGS, refuerzan nuestra posición de que las obligaciones laborales son imputables a la persona jurídica –sociedad- empleadora, no correspondiendo accionar contra administradores y socios, salvo supuestos de insolvencia –falta o desconocimiento de bienes del patrimonio de la sociedad-, en que nace responsabilidad solidaria de administradores y socios que han favorecido el incumplimiento de normas imperativas.

I – LA TEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD EN LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El Título II “Persona Jurídica”, en capítulo 1 luce la Sección 1ª donde, al margen de definición y comienzo de la existencia, prescre 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.*” A su vez en la Sección 3ª y ya referida a la Persona jurídica Privada, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, en su art. 154 expresa “Patrimonio. *La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*”.

Queda así en claro que el patrimonio de la persona jurídica es el que debe responder de las obligaciones contraídas (art. 141 CCC) “*para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación*”.

1. Ante esa división patrimonial se impone referirse a la insuficiencia del patrimonio de la persona jurídica para responder a las obligaciones generadas por relaciones contractuales o extracontractuales.

¹ Comunicación a las XIV JORNADAS DEL CENTRO DE LA REPUBLICA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD – CÓRDOBA- sobre “IMPACTO DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL SOBRE EL DERECHO DEL TRABAJO”

¿Para que hablar de responsabilidad, resarcimiento de daños, reparación del incumplimiento de las personas jurídicas si el tercero (trabajador) puede satisfacer su derecho reclamando a la persona jurídica?

Sólo debemos referir otras vías cuando ese patrimonio fuere insuficiente. Vías innecesarias si la persona jurídica tiene capacidad patrimonial para satisfacer el justo reclamo.

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

Hemos destacado las responsabilidades de socios y administradores ante la insolvencia, pero también las hemos acotado a la existencia de daño. Y este es tema de polémica².

2. Comenzando a hurgar en las nuevas previsiones, advertimos que la personalidad jurídica es una institución jurídica, pues si bien nace de la autonomía de la voluntad requiere procedimientos estrictos para desaparecer, particularmente la satisfacción de todas las obligaciones (art. 167 CCC), y para ello su funcionalidad esta reglada por normas imperativas (art. 150 inc. a. CCC), sin perjuicio de la maleabilidad autonómica para su organización y funcionalidad.

Dentro de esas normas imperativas están las que aseguran la existencia y consistencia del patrimonio –capital social-, y así en el CCC son causales de disolución, conforme lo dispone el art. 163 inc. c... *“la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo”... al objeto social, una de las cuales es la insuficiencia patrimonial, e inc. i) “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”*, causales de disolución que imponen la liquidación salvo la reconducción en cualquier momento (art. 166) “siempre que la cusa de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley”. Y la liquidación, como hemos anticipado “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”.

II – NOVEDADES EN CCC y EN LGS: LA SOCIEDAD CONSTITUIDA POR DECLARACION UNILATERAL DE VOLUNTAD Y LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4º LGS –arts. 21 a 26-

Con este introito podemos afrontar las novedades que sobre responsabilidad trae el CCC en torno a personas jurídicas privadas.

Por una parte podríamos hablar que se ha agregado como persona jurídica privada al consorcio de propietarios. Tema interesante desde el punto de vista laboral: ¿Cómo cobrar una importante sentencia por despido? ¿Eventualmente se podría solicitar la quiebra? ¿Cual es la solución?

1. En la LGS se introduce la constitución de sociedad por una única voluntad. Tema dogmáticamente ya resuelto, pero que ahora aparece como novedad en su art. 1º, en una solución que no se corresponde con la Exposición de Motivos del anteproyecto. Es que el P.E.N. dispuso que sólo se podían constituir por persona humana o jurídica SOCIEDADES ANÓNIMAS UNIPERSONALES (SAU), muchas incluso por cada una de ellas fraccionando el patrimonio original, pero a su vez la SAU no podría constituir otras SAU.

El socio único de la SAU debe integrar todo el capital en el acto constitutivo (y desde ese momento es persona jurídica art. 141 CCC), esta sometida al control estatal permanente (art. 299 LGS) y como tal debe tener Directorio de por lo menos tres personas e igual número mínimo de Síndicos. Nada para la pequeña empresa, más bien pensado para sociedades constituídas en el extranjero que constituyen una SAU para operar en el país.

1.1. Frente a esto viene la pregunta si un trabajador se desempeña en una actividad de las varias que formaliza ese empleador, que es base de una de las varias SAU en que desmembra su patrimonio para organizar mejor las actividades, quién será su empleador: ¿el original o la SAU?

1.2. ¿En beneficio de quién se formaliza esta separación patrimonial? ¿Puede a través de ella perjudicarse a acreedores? ¿Particularmente al trabajador?

Vamos acumulando preguntas.

² Ver nuestros trabajos sobre el tema en www.acaderc.org.ar

2.A su vez la reforma a la LGS de los arts. 21 a 26, viene a suplantar todo régimen de atipicidad, irregularidad, informalidad, validando ahora el contrato entre las partes y los terceros que lo conocieron.

2.1.Trata de asegurar la prueba de la existencia de la sociedad, pese a mantener que puede ser probada por cualquier medio, lo que tiende a asegurar derechos de terceros, incluso de los trabajadores, pues si el empleador es una supuesta sociedad de hecho no sólo hay que probar que se está frente a una sociedad, sino quiénes son los socios y que la prestación laboral se prestó para la sociedad y no para alguno de ellos.

2.2. El punto que puede generar más resquemor es la previsión de responsabilidad mancomunada y no solidaria –como era antes- que se plasma en el art. 24 LGS, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la actual sociedad civil.

A esta supuesta limitación de responsabilidad frente a los trabajadores nos referiremos.

III – LA RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA.

Norma el art. 628 CCC “*La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre si como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los uno de los otros*”. Y el art. 826 establece que “*Los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen, por lo dispuesto en la sección 6ª de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible*”.

Sin duda las obligaciones de dar sumas de dinero son divisibles, en deudas iguales (art. 808 CCC y 24 LGS) “y los deudores no resonan por la insolvencia de los demás”, lo que debilita la posición del acreedor de obligaciones simplemente mancomunadas.

¿Un trabajador deberá demandar a cada uno de los socios, en los casos de estas simples sociedades, por su parte viril y perder acción si alguno es insolvente? La respuesta afirmativa parecería la correcta frente a la claridad de la norma, pero dejamos pendiente nuestra respuesta.

No ingresamos en las excepciones que imponen la solidaridad en el mismo art. 245 LGS porque ello distraería la atención del tema central de este ensayo.

Obviamente que no corresponderá, ante la quiebra de la sociedad, la declaración automática de los socios, pues no son solidarios y por tanto no son alcanzados por la norma del art. 160 Ley 24522 (LCQ), pero el tema de la responsabilidad no termina allí...

IV – LA PERSONALIDAD Y LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DEL PATRIMONIO Y DEL CAPITAL SOCIAL.

Señalamos, conforme el art. 123 CCC que existe una separación patrimonial de la persona jurídica privada, que es lo que la justifica, y no se puede agredir el patrimonio de sus miembros, ni de sus administradores por las deudas de la persona jurídica, que desde ahora la especificaremos como “sociales” por corresponder a una persona jurídica privada societaria.

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

La división patrimonial, aún sin estanqueidad, y la autogestión imputativa a través de representación orgánica y no contractual, son elementos reveladores de la existencia de una persona jurídica autónoma de un ente determinado, a lo que debe sumarse el necesario reconocimiento legislativo como tal.

La responsabilidad limitada de los socios no debe ser confundida con el principio de la división patrimonial, es decir a distinguir entre el patrimonio activo y pasivo de la sociedad y el de los socios. El principio de división significa que el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros se halla separado. Sin embargo, ello no es óbice -como en nuestro país- para que el derecho positivo establezca que los socios responden por las deudas sociales, en algunos tipos societarios.

1. En nuestro derecho el diferente grado de responsabilidad deviene no del recurso técnico de la personificación, sino de la figura legal o tipo elegido para la personificación.

Se justifica en el "interés" de organizar la "empresa" y garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por su uso racional.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios.

2. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado "como un instrumento preconcursal", y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social estatutario.

El esquema no se altera en la sociedad que se genere por declaración unilateral de voluntad. Esa solución tendrá el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma. La LGS autoriza a constituir sociedades por declaración unilateral de voluntad. Formas de negocios en participación serán otra técnica para que una persona desenvuelva múltiples actividades asociativas generando centros patrimoniales sin desdoblar la personalidad.

El punto central es la función de garantía del capital social.

Anticipamos que la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas esta reconocida en el art. 150 inc. a) CCC, remarcando la existencia de preceptos imperativos en las leyes especiales que regulan cada persona jurídica privada y en el propio Código, no disponibles por la autonomía de la voluntad. Un fallo de la Corte que luego acercaremos habia señalado este criterio.

La base de la constitución y reconocimiento de una persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS. No nos estamos refiriendo ahora a la apreciación sobre infracapitalización material, que hace más a la función de productividad del capital social, que tantas discusiones ha traído sobre si el juez puede apreciar al tiempo del registro la existencia de una dotación suficiente de ese capital social, sino a la función de garantía del capital social específicamente en cuanto se constituye en una causal de disolución de la persona jurídica o de la sociedad.

Debe convenirse que las normas de LGS sobre la función de garantía del capital social son imperativas. Ello es congruente con la idea que la sociedad debe ser viable y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general³.

La autonomía de la voluntad para generar personas jurídicas, particularmente las societarias, esta acotada por normas propias que hacen a la consistencia y subsistencia del patrimonio base de esa personalidad, y su reconocimiento permitirá prevenciones ante la posibilidad de que se generen daños, lo que siempre existió pero se acentúa conforme las nuevas normas. En esa integración, resulta un aspecto liminar determinar si las normas que organizan ese sistema –especialmente las societarias- son imperativas y/o de orden público.

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

En cuanto se compromete la continuidad del giro 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. En tal sentido los art. 154 sobre el patrimonio de las personas jurídicas privadas, art. 163 ap. c) e i) sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por incapacidad patrimonial o el agotamiento de los bienes destinados a sostener la persona jurídica, y art. 11 inc. 4° sobre la constitución del capital social o patrimonio fundacional, el art. 94.5 que impone la disolución de la sociedad ante su pérdida.

³ Nto. "NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS", en *Los aspectos empresariales en el nuevo/Código Civil y Comercial de la Nación*, Ed. Fidas, Buenos Aires 2015, página 79.

Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social y consecuentemente a evitar la insolvencia de la sociedad y daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones.

E. Daniel Truffat⁴ se ha enrolado en esa posición integradora del sistema jurídico hoy reforzada por el contenido del Título Preliminar del CCC: *“La pérdida de autosuficiencia del Derecho Concursal y su necesaria integración no solo con normas supra legales de base constitucional, sino con el derecho positivo clásico y con los ‘nuevos derechos’ (defensa del consumidor, normas de prevención de origen espurio de los capitales, defensa de la competencia, etc.), impacta radicalmente sobre los criterios y enfoques que deben presidir el “diseño” de cada solución concursal y de los acuerdos que a través del concordato se busquen instrumentar.(...)Mi generación se formó con ciertas teóricas ideas (que eran más “prejuicios” que auténticas expresiones de racionales) sobre la completividad de tales cuerpos normativos.(...) Claramente se integró el derecho concursal con las normas directrices del derecho civil.(...) En el área concursal los jueces nacionales se encargaron de remarcar que el derecho concursal “no es una isla”.(...)Todo ello con el detalle, tantas veces remarcado, de la “constitucionalización” de las relaciones patrimoniales”*.

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

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

Defensores de la autonomía de la voluntad en la generación y funcionalidad de las sociedades⁵ reconocen esos límites. “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del C. Civil)”.

Estos autores sostienen que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero, como anticipan aceptan la existencia de un orden público societario, con normas inderogables, tales como: “8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad.(...) Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; ... No importa la escuela donde nos enrolemos (BORDA o LLAMBIAS) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

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

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

⁴ En el VIII CONGRESO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, MEXICO D.F. (MEXICO), 17 a 19 de mayo de 2012, su magistral conferencia con el título “SOBRE LOS CONCURSOS “A MEDIDA”, A LA LUZ DE LA ACTUAL REALIDAD NORMATIVA”

⁵ VAN THIENEN, Pablo Augusto (Director y colaboradores) “Orden público societario...¿estás ahí? En Lax & Finance, Working Paper n° 20, 2008.

company”. Esa función de garantía del capital social esta adecuadamente resguardada en la legislación mundial⁶.

3. Correlativo con ello individualizamos la disposición del art. 99 LSC/LGS, vinculado a la causal de disolución de pérdida del capital social (94.5 LSC/LGS), que protege a terceros sin perjuicio de la remediación autorizada taxativamente por el art. 96 LSC/LGS.

Esa estructura fundante del derecho societario, con normas uniformes en el derecho comparado –al igual que en el nacional-, se reafirma en la nueva concepción del art. 100 introducido en LGS⁷ ampliando el vigente, en un todo congruente con los arts. 2 y 150 a) CCC.

A salvo la autonomía de la voluntad de remover la causal reintegrando el capital social en el caso o capitalizando (art. 96 LSC/LGS). La función de garantía del capital social es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas. Esta norma de remoción, art. 96 LSC/LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoída?

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

Hemos abundado sobre ello. Esa función de garantía constituye una línea roja, infranqueable sin asumir responsabilidad. Es que su fragilidad ha sido marcada, ampliándola al mantenimiento de la capacidad operativa de la sociedad⁸.

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

4. El punto ha sido subrayado por la doctrina: “Este enfoque debería ser central dentro de una legislación concursal y su apreciación jurisprudencial, es decir poner los esfuerzos y la atención en las causas que han llevado a la sociedad a una situación de falencia y no limitarse a prever y ordenar los efectos que la misma produce”.⁹

Antes de la insolvencia –pérdida del capital social-, en grados menores de crisis debería actuar el derecho concursal, incluso los acuerdos privados¹⁰. La preconcursalidad es hoy abordada por especialistas, como forma de paliar la ineficiencia de la legislación concursal, con métodos más inmediatos y de menores costes económicos y sociales¹¹. Pero esos especialistas en el derecho concursal suelen no abordar la preconcursalidad prevista en las legislaciones societarias, que tienen soluciones uniformes en el derecho comparado¹², basadas en esa función de garantía.

La realidad: se intenta aplicar o encontrar normas concursales para atender situaciones más graves que las previstas en la ley societaria. De esta forma se están desconociendo las normas

⁶ Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs. 423 a 446.

⁷ 2.21.- Sustituyese el artículo 100 de la ley 19.550, T.O. 1984, por el siguiente: Artículo 100.- Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas. *Norma de interpretación.* En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad.

⁸ OLIVERA GARCÍA, Ricardo “El concepto de capital como limite a la potestad de distribución de dividendos”, en Jurisprudencia Argentina, número especial, Buenos Aires, Octubre 15 de 1997, n° 6059 bajo nuestra dirección, pags. 24 y ss. específicamente pág. 27.

⁹ RIPPE, Siegbert “Subcapitalización y responsabilidad de directores y administradores”, pág. 27 en publicación citada en nota anterior, específicamente pág. 34.

¹⁰ Nto. “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”, en libro colectivo *LAS SOLUCIONES NEGOCIADAS COMO RESPUESTA A LA INSOLVENCIA EMPRESARIA*, Director José Antonio GARCÍA-CRUCES, Ed. Departamento de Derecho de la Empresa, Universidad de Zaragoza, Thomson Reuters Aranzadi, pág. 33 y ss..

¹¹ PULGAR EZQUERRA, Juana *Preconcursalidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid julio 2012.

¹² Nto. “NOTAS EN TORNO A LA PRECONCURSALIDAD SOCIETARIA: UN ESTUDIO COMPARADO”, en Revista de Derecho concursal y Paraconcursal, Editorial La Ley., RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, págs.. 423 a 446.

imperativas del derecho societario, uniformes en el derecho comparado, incluso las que impiden el concurso preventivo en caso de pérdida total del capital social, como Colombia, Perú y Uruguay¹³.

Y aquí comienza el desencuentro. No se aplican las normas societarias. Se intentan quitas como técnica abusiva, se soslaya la posibilidad de una capitalización, y entonces el Derecho Concursal, los procedimientos concursales, llegan tarde y fracasan, y por eso se tiende a modificar constantemente la ley que los regula.

5.Recordando algo aparentemente olvidado, se ha dicho: “La normativa societaria ha tenido, desde siempre, la preocupación de la defensa y protección del crédito y, por esta vía, de la prevención de las crisis empresariales. Con herramientas y procedimientos diferentes ha ido convergiendo con una legislación concursal cada vez más preocupada por la prevención de las crisis empresariales y en la solución de éstas con el menor daño posible a las estructuras productivas. Esta comunidad de objetivos entre ambas ramas del ordenamiento mercantil hacen necesaria una coordinación y armonización normativa –que impone el art. 2 CCC, de modo que su objetivo común pueda ser logrado en forma segura y eficiente, derecho concursal y derecho societario no son dos compartimentos estancos. Ambas disciplinas deben perseguir, desde una concepción integral del sistema jurídico, una armonización de sus sistemas normativos en orden a la tutela del crédito, a la anticipación de las crisis y a evitar su profundización y propagación”¹⁴.

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

Se confirma así que la legislación societaria tiene normas imperativas, indisponibles, y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales, con el aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso. La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis si los socios no desean capitalizar. Ello es congruente con doctrina y legislación mundial, tratando de que las sociedades se recuperen rápidamente acompañados por los acreedores profesionales financieros –que luego colocarán esas acciones en el mercado- y por los proveedores vinculados al éxito de la sociedad en crisis. El art. 43 LCQ acepta las propuestas de “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

V – EL ACCESO A RESPONSABILIZAR A ADMINISTRADORES Y SOCIOS. LA INSOLVENCIA.

Desde hace mucho sostenemos que la conservación de la empresa se tutela en nuestro país en forma inmediata por la legislación societaria y en forma mediata por la legislación concursal¹⁵.

La ley de sociedades tiene el sistema imperativo que hemos referido para asumir la insolvencia de esas personas jurídicas, esto es la pérdida del capital social.

La ley de concursos atiende la cesación de pagos de las sociedades, o sea la situación en que el activo corriente es insuficiente para satisfacer el pasivo corriente, a través de los medios preventivos – concurso preventivo, quiebra convertida en concurso o acuerdo preventivo extrajudicial- que frenan las

¹³ Nto. “El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en *25 años de la ley de sociedades comerciales. Necesidad de su reforma. Homenaje al Profesor Dr. Siegbert Rippe*, AAVV dirección Eva Holtz y Rosa Piziomek, edición Facultad de Ciencias Económicas y de Administración Universidad de la República, Montevideo 2014, página 415.

¹⁴ 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.

¹⁵ “La conservación de la empresa en las leyes de sociedades 19.550 y de concursos 19.551”, con Francisco Quintana Ferreyra, en *SUMMA SOCIETARIA* Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012, tomo II pág. 1947.

acciones individuales y permiten la reorganización de la sociedad, en este caso. Incluso se trata de atender la crisis en sus momentos iniciales.

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

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

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

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

De no ser la empresa viable, la liquidación es el camino adecuado y si se quiere conservar socialmente puestos de trabajo, la mirada debe ser puesta en los poderes públicos, siempre con un plan para determinar la posibilidad de exenciones, subsidios o incentivos fiscales o crediticios.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida del capital social no necesariamente implica la incapacidad de funcionar del ente, ya que si se lleva a cabo una adecuada administración financiera, es posible mantener su capacidad operativa sin que se vean afectadas las posibilidades de cumplir con el objeto social. Es decir que no necesariamente se ve afectada la función de productividad del capital social, pero la continuidad de la actividad como si nada ocurriera encubriría la pérdida del capital social y la posibilidad concreta de dañar.

La pérdida del capital social implica la pérdida de la garantía para terceros e impone la liquidación¹⁶, salvo capitalización.

Ponemos acento en la causal de disolución de pérdida del capital social que –pese a que la particular legislación no contenga plazos para iniciar la liquidación- genera responsabilidad de administradores –y quizá de socios- de continuar el giro y no poder luego satisfacer el pasivo. La libertad para decidir la continuación del giro, sin capitalizar la sociedad, en la esperanza de un plan de negocios exitoso, no los libera en caso negativo de asumir el pasivo insoluto o la satisfacción de las obligaciones contraídas. La responsabilidad por los daños surge inmediata, aunque no se efectivizará si las obligaciones con terceros son satisfechas por la sociedad, eventualmente capitalizándolas. La responsabilidad de socios, que surge ahora de la integración de las normas del art. 167 CCC y 99 LGS nacerá cuando aquellos soslayando la previsión del art. 96 LGS ratifiquen la presentación en concurso prevista por el art. 6 de la ley 24522 (LCQ).

El inicio de la liquidación no importa el cese de la actividad, que podría llevar a consecuencias funestas para acreedores y socios, no satisfaciendo a todos pese a un aparente activo superior al pasivo, al generarse un incremento exponencial de este último por indemnizaciones por despido, rupturas de contratos, etc..

La constatación de la pérdida del capital social constituye una causal de disolución (art. 94.5 LGS) impone iniciar un proceso de capitalización o, en su defecto, de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes¹⁷. Ello para evitar daños a los acreedores y responsabilidad de administradores y quizá de socios.

Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art. 99 LGS para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento” (art. 96 LCS/LGS).

¹⁶ NISSEN, Ricardo Augusto: “LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL COMO CAUSAL DE DISOLUCIÓN DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES”. Ed. Ad-Hoc, Bs.As. 2002 pág. 47 y 48.

¹⁷ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “EL BALANCE ANUAL DE LAS SOCIEDADES. CONSTATAACIONES Y EFECTOS” en prensa.

Procesos necesarios a contar de los propios actos de los órganos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y la aprobación del mismo por los socios, del que resulta como declaración de certeza y de verdad esa pérdida del capital social.

Vivante entiende a la pérdida del capital social como una causal de disolución que opera de pleno derecho¹⁸. Aún en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando—pero otro tema es la responsabilidad si la continuidad del giro social generara daño—. Es valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias, y en relación a las primeras las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No existe plazo para remover la causal (art. 96 LGS), por reintegro o capitalización, o iniciar la liquidación, pero la responsabilidad nace en forma inmediata (art. 99 LGS), pues la obligación de resarcir está ligada a la existencia de daño. Y la referencia que hace ese art. 99 a la responsabilidad de los socios “en su caso”, interpretada por la doctrina en el sentido de imputársele a quienes hayan intervenido en la violación de la norma imperativa, encuentra claro sustento en el art. 167 CCC¹⁹. Piénsese en la mayoría de socios que aprobó la presentación en concurso de una sociedad que hubiera perdido el capital social, en el que luego se presenta una propuesta de quita, sin adotar las decisiones previstas en el art. 96 LGS.

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

Si esa recomposición no se decide, y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación o si aprobaron un balance donde se registró —o debió registrar— la pérdida del capital social. Ello se deberá presumir si hay acreedores insatisfechos, incluso los que resultan afectados por quitas²⁰ y esperas en un proceso concursal²¹. Quizá así se entienda la repetida “desaparición” de libros y documentación contable en estos procesos, que resultará ahora acotada por la disposición del art. 325 CCC que dispone que “...Los libros y registros del art. 322 deben permanecer en el domicilio de su titular”, en el caso en el domicilio social.

Y aquí comienzan a darse las respuestas.

VI - LA PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL. RESPUESTAS IMPERATIVAS DE LA LEY DE SOCIEDADES A LAS CRISIS. RESPONSABILIDAD. ART. 99 LSA.

La responsabilidad de administradores y de los socios, que consientan la continuidad, se genera por los daños que puedan producirse. Resulta así de la violación de una norma imperativa que, ante su desconocimiento, impone expresamente esa responsabilidad: reza el art. 99 “*Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. – Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.*”

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

¹⁸ VIVANTE, César *Tratado de Derecho Mercantil*, versión española de la quinta edición italiana corregida, aumentada y reimpressa, Ed. Reus, Madrid 1932. Volumen II “Las sociedades mercantiles”, pág. 483/5.

¹⁹ Art. 167 CCC “LIQUIDACION Y RESPONSABILIDAD...resuelta la liquidación u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes... En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, **conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten** adoptar las medidas necesarias al efecto.”

²⁰ La quita es una propuesta esencialmente inequitativa desde el momento que implica una transferencia de riqueza del acreedor al deudor, a título gratuito (nto. “¿Capitalismo de reposición vs. Capitalismo donatario?” en *Doctrina Societaria y Concursal* ERREPAR (DSCE) Tomo XXIII pág.933 Setiembre 2011), y el consecuente enriquecimiento del segundo a costas del empobrecimiento del primero.

²¹ Nto. “Los administradores societarios y la insolvencia” en *SUMMA SOCIETARIA*, Ed. Abeledo Perrot, Bs.Aires 2012, t. I pág. 1449.

La norma tiene trascendental importancia, pues de no observarse los estrictos deberes que se imponen a los administradores, éstos son sancionados con *responsabilidad ilimitada y solidaria* hacia los socios y los terceros, por todas las obligaciones contraídas en este período²². Y el precepto añade que ésta puede hacerse extensiva también a los socios²³.

En momentos que legislación y posiciones doctrinales, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción²⁴. Siguiendo esas nuevas tendencias hay que educar a los acreedores, particularmente los no informados, para que asuman la participación e incluso la conducción de la empresa, reemplazando a administradores ineficientes que no queriendo asumir oportunamente la crisis contrataron dolosamente con ellos. Principio "rector", sostiene la doctrina, es sustituir la punición por la responsabilidad, la sanción por la reparación del daño, la calificación por la determinación de responsabilidad.

Adviértase los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios²⁵. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores²⁶, señalándose la utilidad que revisten en general "los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis"²⁷.

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

Como señaló la jurisprudencia²⁸ "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", y –eventualmente– la capitalización del pasivo.

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

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

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

²² SCJ Buenos Aires, Rodríguez, Alberto H. c. Mada S.R.L. y/u otros, 16/06/1992, LL, 1992-E, 39 – DJBA 143, 5318 – DJ, 1993-1-866: Vencido el término de duración de una sociedad de responsabilidad limitada sin que se disponga su liquidación, toda actividad ajena a esos fines hace responsable a los administradores ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios sin perjuicio de la responsabilidad de éstos.

²³ CCiv., Com. y Lab. Reconquista, Coheres, Luis A. y otros c. Coteplex S. R. L., 18/02/1997. LL Litoral, 1998-1-266: Es inadmisibile la solicitud de embargo formulada por los actores respecto de los socios de la sociedad demandada que ha incurrido en la causal de disolución contemplada en el art. 94, inc. 2º de la ley 19.550 si no han acreditado que la sociedad ha ignorado el trámite liquidatorio o bien que sus administradores han realizado actos en violación a lo prescripto por el art. 99 de la citada normativa, pues aquélla conserva su personalidad aunque acotada a la etapa de liquidación.

²⁴ Nto. "¿REORGANIZACION SOCIETARIA O CONCURSAL ANTE LA CRISIS? (UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE)", en n libro colectivo AAVV "Reestructuración y Reorganización Empresarial en las Sociedades y los Concursos", publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial – 2010, Director Martín Arecha, Vicedirectora Laura L. Filippi, Ed. Legis, Bs.Aires 2010, págs. 3 a 78.

²⁵ 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

²⁶ MIOLA ob. cit. pág. 1310.

²⁷ MIOLA ob. cit. pág. 1309.

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

La capitalización puede tener múltiples matices y soluciones²⁹, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus posibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

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

Como destaca Baracat³⁰, apuntamos a la preconcursalidad del sistema societario para atender a las crisis y evitar la dispersión del daño. Y ese punto es bien atendido por el régimen societario mundialmente.

Los administradores societarios no son responsables en ninguna de las sociedades, ni en las colectivas si no son socios. Tranquilizamos hace mucho a Héctor Alegría y lo volvimos a reeditar en el libro en su homenaje: *Sobre la conservación de la empresa (en torno a aspectos patrimoniales)*³¹. Allí sosteníamos nuevamente que la base de la responsabilidad es siempre subjetiva e imponía el daño, razón por la cual los riesgos se desatan ante la incapacidad de la sociedad de atender sus obligaciones.

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

Nos resultó muy interesante el voto de la Dra. Porta en el caso “ARANCIBIA, Nora c/RODRIGUEZ, Ricardo Marcos y otro – ej. de créditos laborales” de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala III del 22 de septiembre de 2008³² por cuanto a las clásicas referencias a los arts. 54, 59, 157, 274 LGS ante transferencia de cuotas e inexistencia de bienes en el patrimonio de la sociedad, apuntadas por el Dr. Guibourg, agrega “...la pérdida del capital social (art. 94 inc.s 4 y 5)...sino también por lo que establece el art. 99 párrafos 1 y 2...”, enrolándose en nuestra posición.

¿Mancomunación? Nunca frente a acreedores laborales, o de otra indole contractuales o extracontractuales. Sólo tendrá sentido en un reclamo entre los socios o sus herederos o cesionarios para requerir la integración del capital social, y para que el Síndico de un concurso marque la obligación conforme el art. 50 inc. 7° LCQ, pero que no deberían limitar a ello si se constata que la sociedad ha perdido el capital social, conforme la tesis que venimos sustentando. Por eso la limitación de responsabilidad sólo es admisible si se han cumplido con las obligaciones impuestas en la ley y no se ha generado daño por culpa o dolo en el uso de la técnica societaria.

Claro que consecuente con ello deben hacerse otras apostillas condicionando las acciones de responsabilidad, incluso el reclamo laboral a la existencia de daño.³³

VII – ALGO SOBRE LA INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

La cuestión impone una primera distinción: la norma del art. 54 ter de la ley de sociedades 19550, en adelante LSA, tiende a hacer responsables no a administradores societarios, sino a otras personas (humanas o jurídicas) que hayan generado daño a través de un uso indebido de la técnica societaria.

La responsabilidad de administradores surge de otras previsiones que resultan de un obrar desviado del órgano de administración, previstas en las normas de los arts. 59, 99 y 274 LSA

A su vez es distinta la causal de imputación de responsabilidad prevista para el caso de conjunto económico prevista en el art. 31 Ley de Contrato de Trabajo.

²⁹ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate., etc..

³⁰ BARACAT, Edgar J. “EL DESVANECIMIENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ORTODOXOS PARA ABORDAR LA INSOLVENCIA DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y EMPRESAS.- ¿UN GIRO DEFINITIVO HACIA EL PRIVATISMO?”, en Revista de Derecho Comercial y de la Empresa, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2ª quincena diciembre 2011. El Prof. Baracat es Ministro de la Cámara Comercial de Rosario e inveteradamente preside o es ponente general en la Comisión de Derecho Procesal Concursal de los Congresos de Derecho Procesal.

³¹ En libro colectivo *Derecho económico empresarial Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Alegría*, Coordinadores Diana Farhi y Marcelo Gebhardt, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011, tomo II pág. 1397.

³² MJ-JU-M-39249-AR | MJJ39249

³³ Nto. “SOBRE EL RECURSO DE DESCORRER VELO PARA IMPUTAR RESPONSABILIDAD ANTE RELACIONES LABORALES” en *FORO de Córdoba*, sección Doctrina pág. 63 año XXIV, Agosto 2014, n° 171.

1.El Código Civil y Comercial introduce una nueva norma destinada a todas las personas jurídicas: “*ARTICULO 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

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

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

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

Ahora el CCC lo generaliza en todas las personas jurídicas conforme el referido art. 144.

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

El tercer apartado del art. 54 LS regula la inoponibilidad de la persona jurídica al puntualizar que “*la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios o constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*”.

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

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

- a. Que encubra la consecución de fines extrasocietarios o ajenos a la persona jurídica.
- b. Que constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe (el CCC eliminó lo de “mero” recurso, a nuestro entender correctamente pues limitaba la aplicación como lo entendió indebidamente la Corte en el caso Palomeque).
- c. Para frustrar derechos de terceros.

La expresión “actuación” debe entenderse también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos de la persona jurídica o sociedad en los cuales se exprese su voluntad y que tenga como víctimas a los terceros ajenos a la sociedad o a algunos de sus integrantes, cuyos derechos puedan ser violados a través de las conductas consumadas por el ilegítimo empleo de las formas societarias³⁴. Claro que un único acto no permitiría la aplicación de esa norma, salvo que fuere de importancia fundamental en la funcionalidad societaria y en su insolvencia.

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

³⁴ NISSEN, Ricardo *Curso de Derecho Societario*, Ad-Hoc, 1998, pag. 129.

La actuación de la persona jurídica que constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe se refiere al caso en que se utilice a la misma sociedad en detrimento de un interés general o particular, extendiéndose la responsabilidad al miembro o controlante abusador³⁵.

2. Imputar y responsabilizar. El daño.

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

b) Desde un punto de vista más riguroso, los conceptos pueden ser diferenciados. Cuando se habla de imputar, puede asignarse a esta expresión un doble sentido:

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

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

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

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

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

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

Esta expresión "se imputará directamente"³⁶ –que criticamos– no se reitera en la formulación del CCC en el art. 144.

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

Pero se requiere la insolvencia para justificar daño.

Conforme a la necesidad de accionar sobre el patrimonio de la sociedad por ser la titular de una relación laboral, para pensar en alguna otra acción de responsabilidad, incluso la del art. 54 ter LGS contra un tercero distinto a la persona jurídica debe pensarse en su insolvencia³⁷. Antes, en principio, no habría daño. La cuestión impone revisar el criterio a través de los votos del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

³⁵ OTAEGUI, Julio *Anomalías Societarias*, Advocatus, pag. 109.

³⁶ Nto. "INOponIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.

³⁷ Nto. "EN TORNO A VOTOS DEL PRESIDENTE DE LA CORTE EN TORNO A INOponIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA", en Microjuris n° 19 de 2010.

4. Nos referimos al recurso de hecho en “FUNES, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, de fecha 28 de mayo de 2008, donde la mayoría desestimó la queja formalizada por el Presidente del Directorio de la sociedad por acciones demandada que le “había hecho extensiva la condena contra la sociedad por indemnización por despido y créditos salariales” a ese integrante del órgano de administración. La oportunidad generó –una vez más, como en el caso Daverede– la disidencia del Presidente Dr. Lorenzetti, que se refirió tanto al art. 59 y 274, como al art. 54 ter LS.

El mismo hizo las siguientes consideraciones textuales, que relatamos parcialmente: “2° (...) *el a quo después de efectuar consideraciones sobre la desestimación de la personalidad jurídica, sostuvo que en virtud de las falencias registrales en que incurrió la empleadora el presidente del directorio debía responder en los términos del art. 274 de la ley 19.550 en razón de haber desempeñado el cargo durante la relación laboral y, por ende, cuando se concretaron las maniobras para ocultarla (...)* 5° *Que respecto a los arts. 59 y 274 de la ley 19.550 cabe señalar que la responsabilidad de los administradores, representantes y directores hacia terceros (como los trabajadores) es la del derecho común, que obliga a “indemnizar el daño”, la cual es diferente a la del obligado solidario en las relaciones laborales. En consecuencia, resulta imprescindible acreditar la concurrencia de los presupuestos generales del deber de reparar, lo que no se ha hecho en la especie (...)* es necesario demostrar el daño(...) 7° *Que si bien la alzada no fundó su decisión en el art. 54 de la ley 19.550 efectuó consideraciones sobre dicho precepto que comportan un claro error en la interpretación de la ley... 8° Que, en efecto, en las causas “Carballo, Atilano c. Canmar S.A. (en liquidación) y otros” y “Palomeque, Aldo Renée c. Benemeth S.A. y otro”(...) el Tribunal dejó sin efecto pronunciamientos que, en contraposición con principios esenciales del régimen societario habían prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas, y que ésta conforme un régimen especial que se aplica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía. Esa línea argumental también estuvo presente en la causa (...) “Tazzoli, Jorge Alberto c. Fibracentro S.A. y otros s/ despido”, del 4 de julio de 2003(...) para decidir que no era arbitrario lo resuelto por la alzada laboral en el sentido de que no debía hacer lugar a la extensión de la condena pretendida, con sustento en el art. 274 de la ley de sociedades, porque la personalidad jurídica sólo debe ser desestimada cuando medien circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la ley. 9°(...) el supuesto que contempla se configura cuando la sociedad se utiliza “para violentar lo que constituye el objeto genérico y abstracto de las sociedades comerciales a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de la ley 19.550”. 10) *Que de lo expuesto se sigue que la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad lo que en el caso no se ha probado pues ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Sin embargo, aun en este supuesto es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial*”³⁸.*

Como se verá tanto para pretender la responsabilidad de administradores de la sociedad empleadora, como para tratar de imputar a socios por la teoría de la “inoponibilidad de la persona jurídica” requiere no sólo el daño al trabajador por la insolvencia de la sociedad, sino sostener una actuación antijurídica basada en la culpa o dolo de los presuntos responsables.

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

³⁸ “I.La doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe emplearse en forma restrictiva, pues su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, ya que ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación y, aun en este supuesto, es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, dado que no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido al riesgo propio de la actividad empresarial” (del voto en disidencia parcial del doctor Lorenzetti. La mayoría de la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos extraordinarios por aplicación del art. 280 del Código Procesal” (Corte Su. 29.5.2007, “Daverede, Ana M. c/ Mediconeex SA y otros” LL 2007-D-440, con nota de Horacio A. Brignole.

“inoponibilidad”, pero no necesariamente se impone la condena si no existe antijuridicidad y factor de atribución de las personas demandadas.

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

El abuso de la personalidad societaria suele ocurrir cuando se intentan derivar sobre el patrimonio de entes paupérrimos los débitos provocados por quienes ensayaran tal maniobra, sugiriéndose así que la indagación de tal ilícito civil procederá en principio cuando exista insolventación. Al respecto, el tribunal ha enseñado sobre lo adecuado de respetar la separación patrimonial de las sociedades, en tanto ésta no sea probadamente el medio de violación de otras reglas jurídicas. CNCom. ,SALA D , marzo 23 - 984 --- Corigliano e Hijos, Domingo c. Alcofer, S. R. L. y otros) LA LEY, 1984-C, 247 - DJ, 984-4-111 –

El recaudo de la insolvencia, no exigido por la norma es obvio para ciertos supuestos por razones prácticas pues el juicio se dilatará y los costos también sin necesidad alguna si la persona jurídica responsable es solvente. Pero además, y fundamentalmente, porque de no imputarse el acto al controlante torpe no se le podrá responsabilizar si no existe daño al ser la sociedad a la que se le atribuye la contratación laboral debidamente solvente, o por lo menos existen bienes embargados.

La sociedad está obligada a satisfacer el débito de la relación laboral. Salvo que se impute haber trabajado para una sociedad controlante o controlada a la que quiere imputarse directamente la relación laboral, el intento de responsabilizar a un tercero impone la existencia de daño y este daño no existe si la sociedad a la que se reclama es solvente. Claro que no es necesaria la quiebra o el concurso, siendo suficiente la desaparición física de la sociedad, la inexistencia de bienes a embargo, etc., que hacen presumir la existencia del daño.

La imputabilidad a la sociedad empleadora es por incumplimiento de pago de alguna prestación. El incumplimiento sería la antijuridicidad. Pero a los socios o administradores sólo se les podría responsabilizar si existiere daño, o sea que la sociedad no pagara. Y la antijuridicidad es el incumplimiento de obligaciones impuestas en la ley de sociedades, con factor de atribución en su dolo o culpa a quiénes han actuado con ese factor atributivo.

No existe en estos casos una solidaridad *ab initio*.

Ocurre que en el Derecho del Trabajo hay distintas modalidades de “solidaridad laboral”³⁹. En efecto, hay situaciones en las cuales son plenamente aplicables las normas de la solidaridad del Código Civil, y otras en las cuales, a pesar del empleo del vocablo “solidaridad” no hay nada de eso⁴⁰.

Dentro de la primera variante están los casos en los cuales los demandados son llamados a solventar, en un pie de igualdad, el monto de la condena a favor del trabajador⁴¹. Así, por ejemplo, las sociedades que integran una U.T.E. si se pactó en el contrato asociativo la solidaridad o en el Agrupamiento de Colaboración (AC)⁴² o cuando constituyen un sistema de distribución comercial⁴³. Una, algunas, o todas pueden ser demandadas y, si luego una de ellas paga el importe de la condena, tendrá derecho a que las demás le reembolsen la parte proporcional que corresponda (art. 716 CCiv).

Pero hay otros supuestos en los cuales, aunque se hable de “solidaridad laboral”, eso se hace nada más que para dejar en claro que pueden ser demandadas indistintamente dos o más personas. En realidad sólo se trata de un régimen de imputación directa de responsabilidad para superar las estructuras jurídicas simuladas o fraudulentas tras las cuales se esconde al auténtico dueño del negocio⁴⁴; dueño del negocio que es considerado el responsable por excelencia ante el trabajador (arts.

³⁹ Méndez, Julio A., “La responsabilidad solidaria en el Derecho Laboral y el trabajador como sujeto de tutela preferencial”, MJD5372; Mac Donald, Andrea F., “Las nuevas reformas en materia de solidaridad laboral”, MJD4848; Hierrezuelo, Ricardo D., “La recepción de la solidaridad en el Derecho del Trabajo”, Colección de Análisis Jurisprudencial D.del Trabajo y Seguridad Social, ed. La Ley, pág. 239.

⁴⁰ Guibourg, Ricardo A., “Las obligaciones solidarias en el Derecho Laboral”, LT XXVI pág. 969.

⁴¹ Esta situación dio lugar a una serie de debates en la Justicia del Trabajo hasta que el panorama quedó más o menos aclarado con el plenario CNTrab, 03/02/2006, “Ramírez, María I. v. Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro”, comentado por Etala, Carlos A., “Los efectos jurídicos de la solidaridad laboral”, J.A. 2006-I-213.

⁴² CNTrab, Sala VIIª, 06/08/2009, “Migliore, Mariana Paula c/Almirante Guillermo Brown SRL, Sita SRL, El Práctico S.A. U.T.E. y otros s/Despido”, MJJ50984. Esper, Mariano, “Estudio sobre la responsabilidad de los miembros de una unión transitoria de empresas”, J.A. 2006-IV-1202.

⁴³ Vardé, Francisco J., “Solidaridad laboral. Distintos supuestos en casos de contratación y subcontratación”, J.A. 1995-III-1055.

⁴⁴ López, Justo, “Algunas figuras de la simulación ilícita laboral”, LT XVII, pág. 1073.

5, 14 y 31 LCT)⁴⁵. Un ejemplo contemporáneo de estos supuestos es el de la sociedad que actúa como "pantalla" de la verdadera empleadora⁴⁶.

En tales hipótesis el empresario en bambalinas no tiene derecho al reembolso de lo que pagó como indemnización a los trabajadores, pues permitir tal cosa significaría socializar esa indemnización entre los legítimos acreedores.

Así fue decidido por la Corte Suprema de Justicia en la célebre causa "Luna"⁴⁷: "Con ello -se dijo- se persigue evitar la interposición de "hombres de paja", entre un trabajador y su verdadero empleador y realizar los fines del ordenamiento laboral y del sistema de seguridad social, imponiendo la responsabilidad del cedente o suministrante en los casos en que los mismos complementen su actividad, aunque ésta no sea inherente a la dinámica del giro comercial y no se persiga en sí mismo un propósito de fraude".

Esa modalidad de fraude laboral (regulada por los arts. 14 y 31 LCT) da lugar a la denominada "solidaridad impropia"⁴⁸, y, por lo tanto, como ha concluido el máximo Tribunal Federal, no juega el principio de contribución.

Es que, como explicó la Corte en esa oportunidad, el deudor principal que paga no es un tercero absolutamente ajeno a la relación que puede invocar en su favor el beneficio del pago con subrogación; ya que él mismo, como empleador, se encuentra cancelando una deuda propia, por lo que no existe subrogación alguna a su respecto.

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

Como un uso abusivo de la vía concursal en la sociedades⁴⁹, por dilatar el cumplimiento de sus obligaciones, o condicionarlas a quitas y esperas innecesarias frente a las normas imperativas del sistema societario.

Un caso semejante, de acreditarse daño –la quita en los acuerdos concursales por ejemplo-, habilita acciones de responsabilidad contra administradores y miembros de la persona jurídica que hubieran abusado de la estructura personificada. Ampliamos: la quita si no existe pérdida del capital social (patrimonio neto negativo) aparece como un fraude a la ley societaria, intentando sustituir la obligación de los socios por una apropiación de patrimonio de los acreedores, y si no está en insolvencia –pérdida del capital- bastará sólo una espera y la quita será un abuso de derecho⁵⁰.

La aplicación de la norma respecto a la personalidad no puede implicar la desaparición de la separación patrimonial⁵¹. La situación es similar a la defunción de una persona física, cuyas relaciones patrimoniales son consideradas unitariamente en su sucesión.

Y hoy los arts. 10, 12 y 1710 CCC abren nuevas vías para evitar el abuso de derecho y el fraude en los concursos, que impide homologar acuerdos (art. 52.4 LCQ).

VIII – AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA.

La ampliación de demanda aparece justificada ante la posible insolvencia de la persona jurídica. La posición sustentada se basa en que no puede entorpecerse el derecho del trabajador a llamar a otros supuestos responsables –art. 54 ter o 59 LSA- so pretexto formales.

Caso contrario el requisito de la insolvencia llevará en muchos casos a ejecutar la sentencia contra una sociedad, que haya desaparecido o se haya liquidado de hecho y/o sea en definitiva insolvente –o ha sido llevada a concurso o quiebra sin cumplir las previsiones imperativas del tipo de

⁴⁵ Pose, Carlos, "Fraude y simulación en el derecho laboral", ed. David Grinberg Libros Jurídicos, pág. 199; Macagno, Ariel A. G., "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional", RSC N° 23, Julio/Agosto 2003, pág. 45; Nissen, Ricardo A. "Nuevamente sobre la doctrina de la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades en el Derecho Laboral", RSC N° 22, Mayo/Junio 2003, pág. 32/33; Maddaloni, Osvaldo, "Aspectos laborales en la extensión de responsabilidad a socios, controlantes y directivos de sociedades comerciales". TySS 2002, p. 907.

⁴⁶ Colombes, Federico J. A. (h), "La infracapitalización societaria como presupuesto de extensión de responsabilidad a los socios ¿infracapitalización o escapitalización?", rev de Derecho Laboral Actualidad, año 2010-1, n° 1, pág. 29.

⁴⁷ CSJN, 02/07/1993, "Luna, Antonio R. c/Agencia Marítima Rigel SA. y otros", D.J.B.A. t° 139, pág. 6515.

⁴⁸ Tan es así que puede ser condenado por despido un deudor solidario a pesar de que el actor desista de la acción contra su empleador directo (CNTrab, Sala VI°, 08/02/2002, "Vallejos, Benjamín y otro c/Minquia S.A. y otro s/Despido", SD 54603).

⁴⁹ Nto. "DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONCURSOS: UN "OBITER DICTUM" DE LA CORTE" en *Zeus Córdoba* n° 376, año VIII, 23 de febrero de 2010, tomo 16, pág. 85/90.

⁵⁰ FUSHIMI, Jorge F. – RICHARD, E. H. "El balance y la quita en su tratamiento contable y fiscal (con algunos aspectos periféricos" en *Aspectos Contables, Impositivos y Previsionales en las Sociedades y los Concursos*, publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial año 2013, Ed. Legis, Buenos Aires 2013 pág.153.

⁵¹ Nto. "¿Inoponibilidad de la personalidad jurídica ?" I Congreso Iberoamericano tomo III p. 619.

persona jurídica-, llevando a situaciones procesales complicadas, por lo que no dudamos en sostener que acreditada la insolvencia –no necesariamente la quiebra- debe proveerse a una ampliación de nuevos legitimados pasivos a los que se les permita, en forma sumaria, el ejercicio de su derecho de defensa, sin tornar ilusoria la reparación del daño⁵².

El principio de congruencia así lo exige, superando cualquier ritualismo que debería ser tachado de exceso formal manifiesto para entorpecer al derecho del accionante.

Esa congruencia está dada en beneficio de la rapidez de los litigios, el no sobrecargar al tribunal con demandas contra personas innecesariamente convocadas inicialmente, la economía del proceso y los derechos de garantía.

Por otra parte es beneficioso para la economía del trámite y atendiendo a la inviolabilidad de la defensa en juicio del accionante.

IX – LA RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS FRENTE A TERCEROS ACREEDORES, INCLUSO LABORALES –art. 100 LGS, 2,10,13, 1710 CCC.

Se abren así oportunidades de la judicatura para evitar daños, abusos y fraudes ante la insolvencia o propuestas de quita en concurso de sociedades.

El CCC en su Título Preliminar⁵³ se refiere a un eje normativo, donde el mismo hace a la centralidad del derecho privado, imponiendo el derecho como sistema sobre las normas individuales, tanto por su art. 2º “coherente con todo el ordenamiento”, como por los arts. 10 y 12 en cuanto refieren a las normas imperativas y la aplicación de la teoría del abuso del derecho y fraude a la ley si se intenta evitarlas a través de la aplicación de otras normas, apareciendo por la invocación a la “buena fe” en el art. 9º como un Código para la seguridad jurídica de las transacciones comerciales.

La apreciación lógica es simple: si la sociedad tiene un mero problema de cesación de pagos, un activo corriente inferior al pasivo corriente, una espera –corta o muy larga- solucionará el problema. Si tiene patrimonio neto positivo no se advierte la necesidad de una quita.

Si la sociedad tiene un patrimonio neto neutro o negativo se ha producido una causal de disolución que impone su liquidación salvo que los socios decidan reintegrar el capital social o capitalizar, sea ellos mismos o terceros, incluso por la capitalización de pasivo (arts. 96 y 197 LSC/LGS). De no, resulta responsabilidad de administradores, y quizá de socios⁵⁴, si el pasivo no resultara satisfecho. Intentar una quita en el concurso, cuya presentación es ratificada por los socios, implica un fraude a la ley societaria intentando que los acreedores asuman las obligaciones que tienen los socios, y los enriquezcan.

¿Esto no es impeditivo de la homologación a tenor del art. 52 ap. 4 LCQ? Recuérdese: impone al juez no homologar en ningún caso frente a abuso de derecho o fraude a la ley.

No tenemos duda que un juez deberá afrontar esta lógica y descartarla expresamente si decide homologar un acuerdo de quita en el concurso de una sociedad. Lo que podría ser aceptable en el concurso de una persona humana –salvo confiscatoriedad- difícilmente pueda catalogarse como que es un fraude a normas imperativas de la ley societaria.

La solución que reiteramos es la capitalización de pasivos que hoy se aconseja en las reformas en la legislación de crisis, como la del año pasado en España, particularmente refiriéndose a acreedores profesionales, pero porqué no incluir a los proveedores que ven vinculado su futuro con la sociedad proveída en crisis, compartiendo así un proyecto productivo en común.

Otro camino para evitar la declaración de quiebra sería imponer como “tercera vía” a la sociedad concursada atender la cuestión por la vía de aplicación de normas imperativas de la ley societaria ante la presencia de causales de disolución que debieron enfrentar, según el caso, concordantemente con las vías de la norma imperativa del art. 96 LSC/LGS, que prevé la

⁵² CAÑAL, Diana “La extensión de responsabilidad a los administradores societarios en etapa de ejecución: o el muñeco maldito”, en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, nº 269, abril 2010, tomo XXII pág. 353 y ss..

⁵³ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

⁵⁴ Nto. “EL ART. 99 LEY 19.550 Y CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDADES (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)”, en RDCO 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013.

capitalización de pasivo⁵⁵, pero no la quita. Los socios deberían “compartir” el riesgo pero no enriquecerse so pretexto de la conservación de la empresa.

El enriquecimiento por quitas es claro en el beneficio de los socios, el pasivo se contrae, el activo insuficiente pasa a ser mayor lo que llega hasta permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

Es una colaboración con el esforzado trabajo de la judicatura, imponiéndose recordar que ante la insolvencia o sea la pérdida del capital social de las sociedades previenen los arts. 94 inc. 5°, 96, 99¹ y 100 LGS, que aseguran la capitalización o la liquidación de la sociedad. Esas previsiones imperativas no podrán ser soslayadas por la homologación de un acuerdo o la imposición de condiciones como “tercera vía” que supongan quitas, enriqueciendo así a los socios y perjudicando a los acreedores, cuando el equilibrio se logra como hemos señalado en el párrafo anterior. La cesación de pagos que autoriza el concurso de las sociedades en un mero desequilibrio entre pasivos y activos corrientes. Los arts. 9, 10 y 12 CCC le permitirán a la judicatura devolver la cuestión a sus cauces, las previsiones del art. 96 LSC/LGS en cualquier momento y en el peor de los casos en la ocasión prevista por el art. 52.4 LCQ que impide homologar “propuestas” abusivas o en fraude a la ley.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de la capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y la capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr un acuerdo. Quita y espera impuestas en acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores, un verdadero abuso de derecho y fraude a la ley, reafirmado en el Código Civil y Comercial en análisis⁵⁶.

Nada obsta a que se aumente el capital o se reintegre en etapa de liquidación para evitar acciones de responsabilidad satisfaciendo el pasivo⁵⁷. Pero, reiteramos, la existencia de normas imperativas y de orden público en el derecho societario: la ley societaria impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social se ha reconstruido.

Un juez, ante un concurso de sociedad, debería prevenir. En primer lugar determinar si existe pérdida del capital social, en cuyo caso deberá aplicar los dispositivos preventivos del daño, Conforme lo dispuesto en “Responsabilidad civil y la función preventiva disuasiva”, prevista en los arts. 1710 y subsiguientes CCC. En efecto, el Art. 1710: “Deber de prevención del daño. *Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño....c) no agravar el daño si ya se produjo*”. Concordemos esta norma con las previsiones de los arts. 94.5, 96, 99 y 100 LGS y 167 CCC.

Si se advirtiera, conforme el criterio de Vivante, que los administradores sociales desoyen el art. 96 LGS, cabrá la previsión del art. 1711 “Acción preventiva. *La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución*”. Si se exhibe al abrir el concurso la pérdida del capital social, la vía es absolutamente procedente.

Y si administradores y socios no adoptaran las alternativas que imperativamente marca la LGS, cabría que cualquier interesado pudiera promover la acción que consagra el “Art. 1712 “Legitimación. *Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño*”. Se nos ocurren varios ejemplos. Los acreedores ante un incumplimiento si del balance resultara la pérdida del capital social, inclusive si ello ocurriera abierto un concurso o quiebra; hasta el Síndico

⁵⁵ La capitalización del pasivo puede sugerirse como equilibrio con las quitas, introduciendo cláusulas de compra forzosa de las acciones entregadas con la quita prevista, decidida por el acreedor ahora accionista, o por decisión de los socios pagando por las acciones el cien por ciento de la acreencia dentro de un periodo determinado.

⁵⁶ El art. 12 del Código Civil y Comercial, cfme. nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en diario La Ley del 4 de marzo de 2013, pág. 1 y ss. correspondiente al tomo La Ley 2013-B.

⁵⁷ Una apostilla marginal. El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”. Podría llegar a aceptarse ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario –la función de garantía del capital social-, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran ungidos los administradores elegidos, socios o no.

podría ejercerla; en el caso del socio aparente los acreedores del real titular. Incluso podrían usar también la acción subrogatoria como acción de fondo, pues esta es una medida cautelar. Frente a la inactividad de la sociedad, presente y futura, no puede pensarse en la mera remoción de la causal de disolución, pero sí en la responsabilidad de administradores y en su caso de socios.⁵⁸

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

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

Pero el tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, sea que no se haya producido la pérdida del capital social, caso en que habría abuso de derecho, o que se hubiera producido la pérdida del mismo y se intentara violar las normas de la función de garantía del capital social, lo que implicaría un fraude a la ley.

Si hay abuso el juez deberá aplicar la norma del art. 10 del Título Preliminar: “... El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”. En el caso una sociedad continúa su operatoria en el mercado contrariando normas imperativas de la ley y transfiriendo el riesgo, cuando no generando daño, o intentando obtener quitas en un concurso preventivo no habiendo perdido el capital social.

Si hay fraude, la norma será la del artículo 12 del Título Preliminar CCC referida al “Orden público” y al “Fraude a la ley”: “*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir*”.

El art. 52 ap. 4 LCQ que enfáticamente dispone; “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”⁵⁹, y en el caso de concurso de sociedades, la propuesta que contenga quitas es por lo menos abusiva si no se ha perdido el capital social, y se lo ha perdido es en fraude a normas imperativas de la ley específica societaria. A su vez también pueden ser abusivas o en fraude al derecho de propiedad constitucionalmente protegido por confiscatoriedad⁶⁰ por quienes no aceptaron expesamente las quitas –aunque si se considera el derecho de propiedad de orden público sería irrenunciable a tenor del art. 12 CCC, particularmente por estar destinado a beneficiar a los socios que justamente han soslayado el cumplimiento de una norma imperativa de la ley –art. 96 LSC/LGS-.

X – DIVAGANDO SOBRE PRIVILEGIOS LABORALES Y CONCURSOS.

Hemos abierto la puerta de otros factores de imputación de responsabilidad a administradores y socios en concursos.

Y esta cuestión abre otra frente a las normas del CCC. Su art. 2575 reza “El privilegio del crédito laboral no es renunciable, ni postergable”. Pero el art. 43 LCQ en su noveno párrafo dispone “...el privilegio laboral es renunciable, debiendo ser ratificada en audiencia ante el juez del concurso, con citación a la asociación gremial legitimada. Si el trabajador no se encontrare alcanzado por el régimen de convenio colectivo, no será necesaria la citación de la asociación gremial. La renuncia del privilegio laboral no podrá ser inferior al veinte por ciento (20%) del crédito, y los acreedores laborales que hubieran renunciado a su privilegio se incorporarán a la categoría de quirografarios laborales por el monto del crédito a cuyo privilegio hubieran renunciado. El privilegio a que hubiere renunciado el trabajador que hubiere votado favorablemente el acuerdo renace en caso de quiebra

⁵⁸ C.Nac.Com. Sala E 17/08/2006 Inspección General de Justicia v. Compañía Norte S.A., JA 2006-IV-fascículo n. 13, pág. 63.

⁵⁹ Sin duda la propuesta es la abusiva o en fraude a la ley, pero al juez llega para homologar un supuesto acuerdo.

⁶⁰ PALAZZO, José Luis y nosotros “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, T. I pág. 715.

posterior con origen en la falta de existencia de acuerdo preventivo, en el caso de no homologarse el acuerdo”.

Como se advertirá una prolija regulación de una renuncia condicionada del privilegio laboral en los concursos preventivos que ha dado lugar a “curiosas” prácticas.

Frente a la nueva norma subsistirá esta posibilidad. Eventualmente: ¿la renuncia, aunque no votara a favor el trabajador, quedará sin efecto ante la quiebra posterior?

La cuestión cobra más matiz frente al art. 13 CCC, pero más aún si se considera ese privilegio de orden público, atento la norma del art. 12 CCC “Las convenciones particulares no puede dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

La integración de la ley concursal al sistema jurídico (art. 2 CCC), su constitucionalización y los derechos del trabajador arrojan más dudas sobre la subsistencia de la norma concursal.

Los jueces dirán la última palabra.

XI- CONCLUYENDO PARA EL DEBATE.

Ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris⁶¹, se abre una línea roja, las “red flags” que funcionan incluso en la “one dollar corporation”, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos.

Si llega el expediente a su despacho para homologar en esos supuestos una propuesta de quita, no deberá hacerlo por las normas del CCC y de la propia LCQ en su art. 52 ap. 4. No declarará la quiebra por aplicación del art. 48 o podrá imponer la tercera vía que será la del art. 96 LGS.⁶²

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

Y ello no implicará anticipar criterio sino recordar normas imperativas y prevenir el daño. Un inmovilismo de la judicatura o un excesivo apego a normas procesales puede frustrar la aplicación de las herramientas existentes, pero que ahora son reforzadas por normas explícitas del CCC.

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

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

Sin duda la capitalización de deudas laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad, el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor”. A su vez, esta visión sobre la función de garantía del capital social y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos

⁶¹ Se usa y hemos usado “infrapatrimonialización material”, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa, JUNYENT BAS, Francisco A. “La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios”, en LA LEY 13/05/2009, 13/05/2009, 1 - LA LEY2009-C, 1045. Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología está ligada a la “función de productividad” y nosotros nos estamos concentrando en la “función de garantía del capital social”.

⁶² Nto. “EL ABUSO EN LA TERCERA VIA EN CONCURSOS DE SOCIEDADES”, en Revista de la Facultad, Vol. I, n° 1, Nueva Serie II (2014), Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNC), pág. 1.

socios –que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los trabajadores en caso de concurso o quiebra de una sociedad.

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

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

Esperamos que este sea también un punto de encuentro en la “empresa”, asegurando tranquilidad a administradores, a los inversores y a los trabajadores. Sin duda una discusión no acabada. Sólo queremos aportar nuestra visión particular, integrándonos en la idea de la conservación de la empresa y de la fuente de trabajo.

Estos temas serán abordados en los próximos Congreso Nacional de Derecho Concursal e Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia, e inmediatamente de seguido por el Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal –del Instituto Iberoamericano de Derecho concursal con sede en México- que se realizará desde el día lunes 7 de septiembre de 2015, y durante toda esa semana en Villa Giardino, Sierras Chicas de Córdoba, bajo el lema “Crisis y Derecho”, conforme a un temario ampliamente difundido⁶³, donde podremos analizar nuestras apreciaciones.

⁶³ Puede verse la información en www.congresoconcursal-2015.unc.edu.ar, o requerirla a congresoconcursal2015@gmail.com