



**“EL CONCEPTO DE SOCIEDAD. LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD EN EL
ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE SOCIEDADES”**

Efraín Hugo RICHARD¹

Publicado en Jurisprudencia Argentina, Número Especial: Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades, Bs. Aires 17 de junio de 2020, JA 2020-II-fasc. 12.

Síntesis: Recorremos el proyecto para afirmar la tipicidad de la relación societaria, la autonomía de la voluntad para constituir las sólo limitada por normas imperativas en resguardo de terceros.

Palabras claves: Sociedad – Tipicidad – Autonomía de constitución – Normas imperativas - Responsabilidad

Se nos solicitó ensayar sobre el Anteproyecto de Ley General de Sociedades –ALGS²-, presentado en junio 2019, excelente fruto de la labor de distinguidos colegas, y que abordáramos en el reciente XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, desarrollado en Rosario, en cuyo cierre protagonizáramos un diálogo con la Prof. Dra. Gabriela CALCATERRA, que gestara esos Congresos y una de sus autores. Allí afrontamos apostillas sobre el sistema societario³, a la par de pensar conveniente debatir sobre la reforma integral de la Ley General de Sociedades –LGS- con eje en ese importante ALGS, como herramienta para promover la actividad empresarial en nuestro país e invitar a mantenerlos avocados en tales propósitos en la convocatoria de la Universidad Nacional de Córdoba y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y demás Instituciones que se unan a la gesta, en la próxima realización trianual de estos Congresos, del 3 al 5 de octubre de 2022, en la Ciudad de Córdoba, con el mismo lema que mantenemos para estas relaciones de organización “Libertad bajo responsabilidad”.

Uniéndolos esos propósitos formalizamos este ensayo, dejando correr nuestro pensamiento sobre el carácter de persona jurídica de todas las sociedades, su conceptualización como tal y algunas apostillas vinculadas a esa libertad de constitución bajo responsabilidad. Es que el Anteproyecto, unido al Código Civil y Comercial –CCC- significa mucho más en esa reestructuración.

I - LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES. La tipicidad de primer grado. Las relaciones de organización. 2. Personalidad y patrimonio. El CCC y su congruencia con el ALGS. III – EL CONCEPTO DE SOCIEDAD Y LA LIBERTAD PARA CONSTITUIRLAS. IV – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD. 1. Normas imperativas y supletorias. 2. ¿Cuáles son las normas imperativas del sistema societario? Responsabilidad. 3. Responsabilidad e inoponibilidad.

¹ Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba.

² Senado de la Nación. Año 2019, Folio 215, N° 1726/19-PINEDO E ITURREZ DE CAPPELINI. proyecto de ley general de sociedades.

³ Puede verse en www.acaderc.org.ar, como otros de nuestros ensayos.



I - LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES.

En el ALGS se genera congruencia con el CCC.

Los artículos 2° y 141 y ss. CCC aseguran la construcción del sistema jurídico en torno al régimen aplicable a las sociedades. A su vez el ALGS en su CAPÍTULO I, DISPOSICIONES GENERALES, SECCIÓN I, De la existencia de sociedad, ARTÍCULO 2° norma “*Personalidad jurídica*. La sociedad es persona jurídica con el alcance establecido en la ley.”, perfeccionando el art. 2° de la actual LGS que se refiere a “sujeto de derecho”. La norma proyectada es congruente con el CCC en su art. 148.

Cuando la base de nuestro actual sistema se gestó en 1969 como Proyecto, para convertirse en la ley 19550 en 1972, ese artículo proclamaba que eran sujeto de derecho, pues no nacía tan claramente el carácter de persona jurídica. Años antes la personalidad jurídica sólo se otorgaba a las sociedades por acciones por decreto del Poder Ejecutivo, como una concesión. Es una cuestión con soluciones diferentes en el Derecho Comparado⁴. La equivocidad del término persona y más precisamente de la expresión persona jurídica y/o persona moral ha traído aparejado en el ámbito del derecho un debate que aún hoy se mantiene como explica autorizada doctrina⁵.

Nos hemos ocupado de la cuestión⁶.

Congruente con ese reconocimiento normativo de la personalidad jurídica de las sociedades, el CCC impone el orden normativo de regulación de esas personas jurídicas, acotando la autonomía de la voluntad en su Art. 150, lo que recoge el art. 1 del ALGS en su tercer párrafo.

1. La tipicidad de primer grado. Las relaciones de organización.

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

Las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización, predispuesta, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos, a lo que denominamos como *relaciones de organización personificadas*⁸. **El sistema jurídico** ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de

⁴ BOTTERI (h.), José D. - COSTE, Diego “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la Ley General de Sociedades” en LA LEY 29/09/2016 , pág. 1.

⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico La persona jurídica, 2da. edición, Civitas, Madrid, 1994, pags.138/141; FERRARA, Francisco Teoría de las personas jurídicas, Reus, Madrid, 1929, pág. 313; GALGANO, Francesco, Societá por azione, Bologna, 1986, p. 22 y ss.; ASCARELI, Tullio, “Personalità giuridica e problemi delle societá”, en Rivista delle Societá, año 1957; COLOMBRES, Gervasio, Curso de Derecho Societario, Abeledo Perrot, 1972, pag. 53; OTAEGUI, Julio César en su disertación recibida en el libro colectivo Anomalías societarias, Advocatus, Córdoba, p. 106.

⁶ RICHARD E.H. “PERSONA JURIDICA Y TIPICIDAD. Ponencia a Jornadas Nacionales sobre la Unificación de las Obligaciones Civiles y Comerciales, Bs. As. 4/5 de diciembre de 1986; “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado” en “1a. Conferencia Internacional sobre la unificación del derecho privado argentino”, Tucumán octubre 1987 “PERSONALIDAD DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES, TIPICIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURIDICA COMO EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS O CONTROLANTES, EN EL DERECHO ARGENTINO, en Rev. de Derecho Mercantil, Nos. 193-194, Madrid 1989; “LA PERSONA JURIDICA EN LA EVOLUCION CONTEMPORANEA en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXV Pág. 81 y ss.. Otros pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

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

⁸ RICHARD, E.H. *Organización asociativa*, Ed. Zavalía Buenos Aires 1994, pág. 143;. “LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN Y EL SISTEMA DEL DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL NEGOCIAL (una contribución para el debate)” en 1er. Congreso Internacional sobre “El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades” (dic. 2013, Málaga, Congreso Virtual).



cambio. Dentro de ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, y en ese momento reconociendo efectos a la declaración unilateral de voluntad (a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización: sociedad, fundaciones, asociaciones, patrimonios especiales y de afectación, buque, empresa, fideicomiso, fondos) de los que la realidad y la normativa que las reconoce en el derecho comparado da cuenta⁹. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo. Algunas veces con fuertes críticas como es el caso límite del consorcio de propiedad horizontal, particularmente de concursualistas. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo las reconocidas por el legislador –art. 141 CCC-.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, recurriendo a lo que ha sido descripto como una "*técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones*"¹⁰; es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad¹¹ -noción recogida por el art. 143 CCC-. Como respuesta a la recomendación de UNCITRAL y la labor de muchos de nosotros resulta imposible actualmente desconocer como afirma José Embid,¹² el largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial del concepto de sociedad.

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

En la regulación de las relaciones de organización hemos aconsejado atender al acto colegial. El CCC atendió muy modestamente esa misión en el art. 161. El ALGS asume un importante avance en el art. 20 referido a la impugnación de los actos del órgano de representación.

2. Personalidad y patrimonio. El CCC y su congruencia con el ALGS.

Los artículos implicados en la concepción de persona en CCC van desde el art. 141 hasta el art. 167.

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

En la Sección 3ª referida a Persona jurídica Privada en CCC, el Parágrafo 1º sobre Atributos y efectos de la personalidad jurídica, el art. 154 determina imperativamente "Patrimonio. *La persona*

⁹ RICHARD, E.H. "La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso", en AAVV *Responsabilidad por daños en el tercer milenio – Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, 1997, Ed. Abeledo Perrot, pág. 561, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci; *Organización Asociativa*, Ed. Zavalía; *Las relaciones de Organización – El sistema jurídico del Derecho Privado* (2ª ed.), *Relaciones de organización – Sistema societario*, y *Relaciones de Organización – Sistema de contratos de colaboración*, editados por la Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba.

¹⁰ GUYON, Y.: *Droit des affaires*, t. I, Droit commercial général et Sociétés, edit. ECONOMICA, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "La Personalidad jurídica del Comerciante Social", en *Estudios de Derecho mercantil. (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades)*, t. I, EDITORIAL DE DERECHO FINANCIERO/EDITORIALES DE DERECHO REUNIDAS, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

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

¹² EMBID, José. "Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)". p. 83.



jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables”, congruente con el ALGS en arts. 7 últimos párrafos y 23 tercer párrafo.

La base de la existencia autónoma de una persona jurídica es el patrimonio para imputarle directamente derechos y obligaciones generados por la representación orgánica. El patrimonio de las sociedades es la prenda común de los acreedores. La personalidad es en beneficio de los acreedores y no tiene nada que ver con la limitación de responsabilidad.

El patrimonio es el principio de la función de productividad y debería fijarse en orden a un plan de negocios, pues será el punto básico para la responsabilidad de sus miembros coherente con el fundamental art. 143 CCC: “*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*”. Integrándose con el art. 150 CCC y el ALGS.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma así el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacerse del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrán reclamarse a los miembros que la constituyeron, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad¹³. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.¹⁴ Ello es congruente con la disposición del art. 56 LGS, que en ese aspecto no intenta ser modificado en el ALGS, que sólo agrega una disposición permitiendo discutir la calidad de socio.

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

El “*ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución (...)*”, definiendo una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo sean desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Ante nuestra interpretación, el ALGS aclara correctamente en torno a la tipicidad de primer grado: “*ARTÍCULO 7°.- Período fundacional. La existencia de la sociedad comienza desde su constitución. A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia. ...*”. Otro aspecto es la tipicidad de segundo grado que se configura con la registración. Esto también tiene efecto fundamental en la prueba

¹³ RICHARD, Efraín Hugo “PERSONALIDAD JURIDICA Y RESPONSABILIDAD DE SUS MIEMBROS” en “Revista del Código Civil y Comercial”, mensuario de editorial La Ley, primera sección “En Debate”, tema específico “Personas Jurídicas” desde la perspectiva del nuevo Código Civil y Comercial, Co Director Pablo Heredia, año IV número 4 mayo 2018 página 67 a 107, Buenos Aires.

¹⁴ Hemos cuestionado en Congresos de Derecho Laboral la costumbre de demandar a la sociedad junto a administradores y socios frente a la disposición del CCC, recomendando la ampliación de la demanda en ejecución de sentencia de no existir bienes; cfme. RICHARD, Efraín Hugo “SOCIEDADES, INCLUSO UNIPERSONALES, Y RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS”, conferencia en las “XIV Jornadas del Centro de la República: Impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Trabajo” anotada, del día 29 de mayo de 2015. publicada en www.acaderc.org.ar, y en Revista de Derecho Laboral El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe octubre 2015, tomo I págs. 319/362.

¹⁵ URÍA, RODRIGO Derecho Mercantil, Madrid 1958 p.99.



de la existencia de la sociedad como persona jurídica: registrada es oponible erga omnes, constituida debe probarse su existencia conforme prevé la sección 4ª en ALGS.

La clave de bóveda del sistema jurídico de las personas jurídicas, o de las relaciones de organización personificadas, las brinda el “*ARTICULO 150. Leyes aplicables. Las personas jurídica privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. - Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades*”. El ALGS lo reafirma en el segundo párrafo de su art. 1º.

Dos referencias importantísimas. Lo primero es que reconoce expresamente el contenido de normas imperativas en la ley especial, anticipando nuestro criterio que ellas son todas aquellas –incluso en este régimen general- que tutelan la seguridad del sistema, los derechos de terceros, de la propia sociedad y de los socios, frente a acciones de administradores o mayorías permanentes u ocasionales. En tal sentido las que aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función del patrimonio social-, mantener viable la actividad de la sociedad sin generar daño¹⁶.

Por seguido, hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades¹⁷, poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicios.

Esta norma es fundamental para determinar las normas aplicables. La ley específica con sus normas imperativas no puede ser soslayada, salvo expresas modificaciones. A nuestro entender viene en aclarar la preminencia, por ejemplo en caso de concurso de sociedades, de las normas de la ALGS sobre las de la ley 24522 de concursos y quiebras –LCQ-. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades y del sistema de libertad organizacional.

Sigamos sobre normas del CCC que iluminan genéricamente la cuestión en análisis.

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

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica. Los artículos precedentes encuentran su fuente en normas de representación orgánica de la legislación societaria -arts. 58 y 59 LGS, que en su sustancia no se alteran, sino que se mejoran, en el ALGS-, y en orden a la responsabilidad de la persona jurídica privada, fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acciones u omisiones, lo que es aclarado en el ALGS.

En tal sentido el art. 358 CCC tipifica la representación orgánica como aquella que corresponde a una persona jurídica. Los órganos son “*aquellas personas físicas o aquella pluralidad de éstas a las que*

¹⁶ “El capital social, como está planteado en la LSC, es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado...” CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa “Victor Carballude SRL sobre quiebra, que consideramos más extensamente más adelante.

¹⁷ RICHARD, E.H. “NOTAS EN TORNO A PERSONALIDAD JURÍDICA” en Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, A Coruña, España, pág. 407.



la ley facultad para decidir sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad para desenvolver en general la actividad de ésta”¹⁸.

Ya señalamos al pasar el carácter de institución jurídica de estas personas, por no poder desaparecer por la mera decisión de los socios, debiendo cumplir con el proceso de liquidación en resguardo de los terceros: “Parágrafo 3°. Disolución. Liquidación: ARTICULO 163. Causales. La persona jurídica se disuelve por: (...) c) la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo; (...) i) el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”. Queda vinculada la funcionalidad regular a la existencia de un patrimonio suficiente y eficiente.

Es congruente con las actuales disposiciones sobre disolución de sociedades de pérdida del capital social o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, ALGS y CCC generan causales de disolución, que sin plazo imponen a administradores y socios de control adoptar medidas para solucionarlo o disponer la liquidación. No hay sanción de liquidación coactiva sino un hito para determinar responsabilidades especiales si se derivan daños. Volveremos sobre ello. Es coherente el art. 167 CCC en su segundo párrafo “La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, y el último párrafo “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

Se observa que la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 ALGS, aunque más acotado¹⁹, al que se integra conforme la particular redacción del art. 150 CCC.²⁰

III – EL CONCEPTO DE SOCIEDAD Y LA LIBERTAD PARA CONSTITUIRLAS.

La sociedad aparece indubitadamente como persona jurídica. Ingreseemos ahora en el análisis del art. 1° ALGS para determinar la tipicidad de primer grado para determinar que es sociedad.

El mismo reza: “**ARTÍCULO 1°.- Concepto. Hay sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regida por la Sección IV de este Capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, estos deben ser dos (2) o más.**”.

“**Sociedades con otra finalidad. El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios.**”

“**Principios aplicables a las sociedades. El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales, se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley. Las normas reglamentarias que dicten los**

¹⁸ GARRIGUEZ, Joaquín – URÍA, Rodrigo *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Madrid 1953, tomo I pág. 498; BARREIRO, Marcelo C. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica” en *Tratado de los conflictos societarios*, AAVV Director Diego A.J. DUPRAT, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013, tomo I pág. 159.

¹⁹ RICHARD, E.H.. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria)” en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A- pág. 663, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 2013.

²⁰ En consonancia a su vez con el art. 1709 CCC; cfme. puede verse nto. Prólogo al libro *Empresa y sociedad. Actualidad y Televarcia*, AAVV, bajo la Dirección de María Cristina Mercado de Sala, Coordinación de Ricardo Belmaña, págs. 9 a 38. Ed. Lerner, Córdoba mayo 2018, y en el mismo el artículo de Eduardo CIMA “La legislación societaria y su relación con el Código Civil y Comercial”.



Registros Públicos y las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes.”

“Los socios, administradores, y miembros de los órganos de fiscalización deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad. No es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayorías como por minorías. Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público.”

-Vamos al comentario. El primer párrafo se aleja de la necesidad de una tipicidad de segundo grado, o sea de los tipos societarios, imponiendo sólo el aporte –patrimonio- para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, aporte que puede ser de una o varias personas²¹. Sólo exige dos personas cuando se elija un tipo social que requiere dos personas (comanditas, capital y trabajo). Esencialmente prevé la asunción de “un riesgo común” y la participación en los beneficios (relativo) y “soportación de las pérdidas” –insoslayable-. Por ello, si hay sociedad es nula toda cláusula que altere esa causa del negocio, conforme el art. 13 LGS, en apartado 1: “Que alguno o algunos de los socios ... sean liberados de contribuir a las pérdidas”.²²

En Derecho Societario, dentro del sistema de Derecho Privado, es necesario considerar la tipicidad de primer grado (tipología societaria) -de una supuesta relación societaria para determinar ciertos efectos, pues es secundario referirse a los tipos societarios o tipicidad de segundo grado (tipicidad societaria)²³, y así el Art. 1 del ALGS es omnicompreensivo y engloba al art. 21 LGS ref. Ley 26994 que amplía el concepto de sociedad, excluyendo la limitación a la “forma organizada conforme a uno de los tipos previstos” –art. 1° LGS –que podría ser ahora también la SAS –Sociedad por acciones simplificada creada por ley 27349-, reglando “*La Sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Cap. 2, que omita requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección*”. Justamente, con esa amplitud el ALGS integra a la Sociedad por Acciones Simplificada a su texto, regulándola desde el art. 325 en adelante. La redacción del art. 21 ALGS completa esa comprensión amplia. El interés común –no figura en esa definición- pues no es exclusivo de la relación societaria, y se perfila en los contratos asociativos, particularmente en el negocio en participación, por eso la importancia de la conceptualización, centrándose en la causa del negocio societario, determinando la tipología de primer grado: cuando se configura una relación societaria.

Conforme a ello, también se modificó el art. 17 LGS en relación a la atipicidad de segundo grado, eliminando la nulidad e incluyéndola en la sección IV. La única diferencia es que la personalidad se exhibirá erga omnes o de pleno derecho si estuviere inscripta, pues en caso contrario estará sujeta a prueba, tanto si la invocan socios o terceros, sea conforme el art. 22 por el conocimiento, aplicación del principio de buena fe negocial, y conforme el art. 23 in fine ALGS por cualquier medio de prueba.²⁴

Elementos esenciales son la existencia de un patrimonio atribuible a una sociedad persona jurídica identificable, normalmente el nombre pero hoy superado por la CUIT, que también determina a falta de

²¹ El ALGS sigue a la LGS en la regulación de los aportes y prestaciones accesorias, en arts. 45, 50 y 338 al regular las SAS.

²² Posiblemente no impediría los pactos internos de limitación o liberación de contribuir en las pérdidas a alguno o algunos socios –no a todos-, pacto que no sería oponible a terceros, sin perjuicio de que aquél que así fuera accionado trajera a juicio a quienes se hubieran obligado; cfme. HEREDIA QUERRO, Sebastián “Reflexiones sobre el concepto de sociedad, su finalidad y los principios que le son aplicables” en Temas de derecho comercial, empresarial y del consumidor”, Ed. Erreius, Noviembre 2019, Buenos Aires, pág. 1053.

²³ RICHARD, E. H “Concepto de Sociedad” en *Hacia un nuevo derecho societario*, , Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo I pág. 189, Rosario 2019. Utilizamos la terminología que compartimos con Orlando Manuel MUIÑO en *Derecho Societario*, Ed. Astrea 1ª Edición, Buenos Aires 1997, págs.. 49 y ss..

²⁴ Vélez y Acevedo en el art. 401 del derogado Código Civil expresaban “Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista”, enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo.



tipicidad de segundo grado e inscripción, el domicilio y quiénes son los socios. Por eso es complementaria del art. 141 CCC, la referencia a la exteriorización de la sociedad que hace el ALGS, pues al haberse expuesto a una relación legítima con terceros habrá debido ostentar su identificación impositiva, que conlleva la identificación de la sociedad y esos requisitos. Por ello, el ALGS norma “ARTÍCULO 7°.- *Período fundacional.* La existencia de la sociedad comienza desde su constitución. A falta de un instrumento constitutivo, comienza desde que se exteriorice su existencia. - Los efectos propios del tipo regirán a partir de su inscripción en el Registro Público.”

Se ha discutido si la noción de sociedad involucra el desarrollo de un objeto empresario. A nuestro entender está descartado por las expresiones que se mantienen en el primer párrafo del art. 31 del ALGS²⁵, perfeccionando el actual artículo: “ARTÍCULO 31.- *Participaciones en otra sociedad. Limitaciones.* Las sociedades cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión, pueden adquirir participación en otra u otras sociedades sin limitaciones. Si el contrato social o estatuto lo autorizan, estas sociedades pueden también desarrollar tareas de intermediación, asesoramiento y ejercer mandatos vinculados a la actividad financiera o de inversión”. Brunetti señala que “se traslada del momento *negocio* al momento *organización*”²⁶. Se incluyen en la ley sociedades de mera administración de bienes o cartera. Incluso una sociedad de control de otras, por la tenencia de acciones.

La distinción sobre si el objeto es civil o comercial desapareció en el año 1972, pues el requerimiento del objeto comercial se localizaba en normas del Código de Comercio derogadas en ese entonces, aunque el ALGS hace una enumeración didáctica en el art. 21, sobre “sociedades incluídas” dentro de las llamadas correctamente “Sociedades Simples”, generando un catálogo que se corresponde con nuestra visión del actual en la LGS, supera las críticas de los que consideraban excluídas algunas sociedades informales. Correlativamente el referido art. 17 “...En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.” Complementa didácticamente el ARTÍCULO 21 sobre “*Sociedades incluídas*” explicita: “***La sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II, o a los establecidos en otra ley, que omita requisitos esenciales tipificantes o no tipificantes, o que incumpla con las formalidades exigidas por la ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección y supletoriamente por las disposiciones sobre la sociedad colectiva. Están comprendidas en esta sección las sociedades de hecho y las constituidas durante la vigencia del Código Civil como sociedades civiles, las que quedan de pleno derecho regidas por esta Sección, por sus contratos sociales y por las normas supletorias aplicables al tiempo de su constitución. Podrán ellas seguir incluyendo en su denominación la expresión “sociedad civil”, su abreviatura, o la sigla “SC”.***”

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello: “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal”²⁷. Subrayamos la contundencia de: “**soportar las pérdidas**”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”, y ahora agrega a ello el ALGS el riesgo de la actividad, que pone también a cargo de los socios. De manera que, con Colombres podríamos afirmar que la característica

²⁵ Art. 5 ley 20744: “Empresa: organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.”

²⁶ BRUNETTI, Antonio Tratado del Derecho de las Sociedades, Ed. Uteha Argentina, Buenos Aires 1960, traducción directa del italiano por Felipe de Soá de Caiñares, tomo I pág.16. Y luego dedica el Cap. 2 a “Sociedad y Empresa”, págs.. 66 y ss..

²⁷ COLOMBRES, Gervasio R. Curso de Derecho Societario, Parte General, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, pág. 56.



específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, "la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho".

De no haber aportaciones –concepción amplia- con destino a conformar un patrimonio afectado del modo indicado, no hay sociedad. La entrega de los bienes aportados debe ser realizada conforme la ley, que en principio exige una transferencia en propiedad. Ni la comunidad hereditaria, ni el condominio, ni la propiedad fiduciaria cumplen ese tipo de rol o función, por lo cual la conformación requerida por el ALGS –al igual que LGS- es específica y decisiva para establecer la existencia o inexistencia de sociedad, al igual que la soportación de las pérdidas.

Este primer párrafo recibe sin restricciones la posibilidad de la sociedad por declaración unilateral de voluntad. La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce "la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades".²⁸ Anteriormente se creía que gozar de personalidad jurídica implicaba en esencia la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios, y casi a modo de sanción impuesta por el legislador, la falta de personalidad jurídica era considerada como una irregularidad en algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta fundamental distinguir claramente que "personalidad" no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios²⁹ quedando afecto a las resultas de la actividad social. Incluso, es una decisión propia del socio o los socios, su exteriorización, en tanto, configura una necesidad "dar autonomía jurídica al ejercicio de la actividad de una o varias personas".³⁰

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

Esa proyección aceptando la gestación de todo tipo de sociedades por la declaración unilateral de voluntad, generó resistencias y el CCC sólo las aceptó en la Sociedad por Acciones Unipersonal –SAU-, que ya sufrió algunas modificaciones para facilitarla –sin éxito-, cuestión que en la práctica superó la referida SAS. EL ALGS vuelve correctamente a la concepción general amplia e inclusive, como apuntáramos-, incorpora a su texto a la SAU, que también puede ser constituida por un único socio.

28 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

29 RICHARD, Efraín. "Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial". Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

30 MORLES, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, 4ª. Edición, Caráctas 2000, p. 791, 792.



Habíamos ensayo sobre ello en “El posible futuro...”: ¿Es realmente lo que se tutela el ánimo de limitar una responsabilidad? ¿o son los derechos de los terceros o el interés de la funcionalidad económica lo que el legislador debe tutelar! Quizás este es el centro de la cuestión...”³¹.

-Sigue el segundo párrafo del art. 1° ALGS sobre el derecho a las utilidades. Esta decisión normativa autoriza la autonomía de la voluntad para disponer de los llamados derechos patrimoniales individuales de los socios. No son disponibles por una decisión colegial societaria mayoritaria, pero si por unanimidad. Nos parece una solución acertada, y lo habíamos expresado hace años en relación al derecho individual de los socios a que asumieran sus herederos su posición de no existir previsiones estatutarias, señalando la posibilidad de restringirlo por decisión unánime antes del fallecimiento³². La “participando en los beneficios”, importa un derecho en expectativa a las utilidades líquidas y realizadas que genere la actividad societaria, determinada en sus estados contables, y que no pueda ser razonablemente retenida para cubrir necesidades de la sociedad, particularmente por la generación de reservas facultativas, conforme explicita e informe el órgano de administración al órgano de gobierno.³³ La retención de beneficios o dividendos podrá ser objetada sino se cumplen esos requisitos. Fustigamos como un fraude a la ley societaria las quitas concursales, pues es intentar que la pérdida no sea asumida por socios sino por los acreedores, y que éstos pudieran distribuirse la ganancia así generada. El juez estaría impedido de homologar un acuerdo semejante conforme al art. 52 ap. 4 LCQ agregado en el año 2002³⁴.

Dentro de la posibilidad de organización que otorga el ALGS, esta libertad de aplicar los dividendos, posibilita formas societarias internas. Ello a través de las llamadas “acciones sectoriales”, que serían aplicables a todas las sociedades por acciones. Todas las sociedades, y particularmente las por acciones, pueden en nuestro país financiar ciertos negocios a través de negocios en participación, en los que el partícipe arriesga su aporte a los resultados del negocio específico en la expectativa de obtener una buena ganancia conforme el proyecto de inversión, y la sociedad gestora mejora sus posibilidades de ganancias, incluso de las que obtendría de la gestión de un fideicomiso. Estos negocios parciarios o sectoriales, pueden ser objeto de titulización a través de acciones que permitan a inversores (y a los propios accionistas), participar de los mismos, limitándose su participación sólo a esas actividades.³⁵

El ALGS, en su artículo 216 bis, contempla la inclusión de las acciones sectoriales, como una nueva modalidad de financiación y de asociación de personas, para una finalidad específica. Además, consideramos que nada obsta a que aún las sociedades por acciones unipersonales, puedan emitir las acciones relacionadas, acciones vinculadas o tracking stocks, lo cual no está en pugna con la reforma propuesta³⁶. Según texto del ALGS, en el referido art. 216 para las Sociedades por acciones, el estatuto

³¹ RICHARD, E. H. “El posible futuro del derecho comercial” en En Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo XXIV, Córdoba 186 (correspondiente al año Académico 1985) págs.. 97 y 112, y en Anuario de Derecho Comercial tomo 2, Montevideo, sección doctrina págs.. 169 y ss..

³² RICHARD, E. H. “La limitación de transmisibilidad “mortis causa” de acciones nominativas (en torno a interesante pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial)” en Revista Jurídica “El Derecho” diario del 26 de mayo de 1994, pág. 1.

³³ Sobre ese derecho puede verse FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “Resultados no asignados en la Ley de Sociedades” publicado en La Ley 2010-B-pág. 839.

³⁴ Art. 17 de la ley 25589 B.O. 16.5.2002. “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”. FUSHIMI, J.F. – RICHARD, E.H. “La ineficacia de la quita como financiación de la empresa concursada. Algunas propuestas” en Doctrina Societaria y Concursal, tomo xxx, diciembre 2018.

³⁵ FUSHIMI, J.F. – RICHARD E.H. “Acciones sectoriales en el Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades”, en libro del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario 4, 5 y 6 de septiembre de 2019, *Hacia Un Nuevo Derecho Societario*, ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario y Advocatus, Córdoba, 2019 Tomo I, Pags. 725-734.

³⁶ En similar sentido MANÓVIL, Rafael M.: “Las sociedades devenidas unipersonales” en: RCCyC 2015 (octubre), 37, quien en la nota 8, introduce una acotación esclarecedora y que aborda en pocas líneas innumerables ventajas que importaría la unipersonalidad en relación a



puede contemplar la emisión de acciones sectoriales que darán a sus tenedores el derecho a recibir dividendos resultantes de las utilidades realizadas y líquidas producidas por uno o más sectores de actividad o uno o más proyectos específicos. Las acciones sectoriales afectadas a cada sector o proyecto específico o, en su caso, a cada conjunto de ellos, constituirá una clase especial de acciones³⁷. Dentro de cada clase, otorgarán iguales derechos. La norma prevé que al tiempo de su emisión el o los sectores de actividad o el o los proyectos específicos deberán estar precisamente descriptos y delimitados.

Los similares negocios en participación los podrán realizar todas las sociedades, al igual que la modalidad del mutuo participativo que regula el art. 1531 CCC

-El tercer párrafo del art. 1° ALGS es coherente con el art. 150 CCC al referirse a las normas imperativas delimitando la autonomía de la voluntad. Y tal límite impone referirse más adelante a esas normas limitativas. Lo haremos en el párrafo siguiente.

-El cuarto y último párrafo del art. 1° ALGS marca el límite, que vinculamos inescindiblemente al uso racional y funcional de la persona jurídica societaria, de que sus órganos no pueden dañar, debiendo asumir los riesgos y las pérdidas conforme señala enfáticamente el primer párrafo, marcando a su vez la coherencia con los artículos del Título Preliminar del CCC³⁸, resguardando la buena fe y el interés social, y cuestionando el abuso de derecho. La actividad debe ser lícita.³⁹

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

Generada la ley sobre responsabilidad penal 24701⁴⁰ de sociedades y en carpeta la ley de extinción de dominio, estaremos sentados muchos años antes de su eventual aplicación, por la irretroactividad de la ley penal, la conexidad de esa responsabilidad penal con condenas a funcionarios públicos y la laxitud del sistema procesal. Se aplicó la norma en la causa "Ballester Rolando Alberto y otros c/ Viparita S.A. s/ sumario", en la cual la Cámara Comercial de la Capital, con fecha 23 de junio de 2004, confirmó el sólido fallo de primera instancia (de fecha 3 de abril de 2001, Juzgado n° 11 a cargo del Dr. Bargallo, sec. N° 21), que dispuso aplicar las previsiones del art. 19 de la ley de sociedades por actividad financiera ilícita".⁴¹

Betti⁴² remarca esa concepción de la ilicitud. Sostiene que frente a la autonomía de la voluntad, la legislación puede reaccionar de dos maneras: con indiferencia o con una actitud normativa; en este

estas acciones.: "(8) En mi opinión, esta es la otra cara de la aceptación en algunas legislaciones de las llamadas *Trucking shares*, o *Spartenaktien*.

³⁷ Similar definición en FARGOSI, Horacio P. "Acciones "Relacionadas", LL-2007-B, 1298: Las acciones a las que en esta oportunidad nos referimos, tienen por característica fundamental, por un lado ser tales (valga la redundancia), tener el carácter de acciones ordinarias con pleno ejercicio del derecho de voto, pero con la particularidad que los derechos patrimoniales están relacionados con los resultados de un determinado sector de la actividad de la empresa.

³⁸ RICHARD, E.H. "Sobre el Título Preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial", en *El Derecho*, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.

³⁹ RICHARD, E. H. "Actividad ilícita de sociedades y antijuridicidad", en *Hacia un Nuevo Derecho Societario*, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo III pág. 2329, Rosario 2019.

⁴⁰ RICHARD, E.H. "Proyectos de responsabilidad penal de Sociedades y de extinción de dominio -¿Y el art. 19 de la Ley de Sociedades Vigente desde 1972?" in, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* N° 285, Julio-Agosto 2017 pág. 1035 (Sociedades - Sección Doctrina), Buenos Aires, Ed. La Ley.

⁴¹ RICHARD, E.H. "SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)", en libro colectivo "La estructura societaria y sus conflictos" Director Daniel R. Vitolo, Editorial Ad Hoc, Bs.Aires 2006, pág. 101.

⁴² BETTI, Emilio *Teoría General del Negocio Jurídico*, p.93.



último supuesto, la misma puede ser positiva o negativa; en el supuesto de atribución de eficacia positiva, se confiere a los particulares una competencia dispositiva que puede estar condicionada por el derecho al cumplimiento de ciertas cargas y a la actuación dentro de ciertos límites, fuera de los cuales se configura el negocio ilegal; si la norma atribuye trascendencia negativa al negocio se genera la ilicitud.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad: si sus órganos o los controlantes marginan el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

En el ALGS se intenta modificar la previsión del art. 19 LGS, incluyendo al art. 18. Reza lo proyectado: : “ARTÍCULO 19.- *Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita.* Si la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. A los efectos de este artículo se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo anterior.”

Se expresa en la Nota de Elevación del 5 de junio de 2019 “16. Lo antedicho se vincula con las disposiciones sobre objeto y actividad ilícitos, que generan nulidades absolutas, pero tampoco tienen efecto retroactivo porque, en rigor jurídico, funcionan como causales de disolución y liquidación, que compartimos, pero no en las condiciones que fija “se considera actividad ilícita la realización continuada, sistemática y principal de negocios y actos ilícitos calificados como tales de conformidad con el artículo 18.”, y en esa remisión al art. 18 ALGS “actividades sancionadas por las normas penales”. Una norma que se volverá inaplicable. La actividad delictual deberá haber sido sancionada, la condena deberá estar firme, y deberá corresponder a la actividad principal de la sociedad, determinarse en el proceso civil posterior que ha sido continuada y sistemática. Un imposible dentro de nuestro sistema judicial hipergarantista. Quizá borrarla sea mejor.

IV – SOBRE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad directa de la persona jurídica es consecuencia de su naturaleza, estructura y atributos esenciales, que se centran en el *patrimonio* (arts. 143, 154 CCC).

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

Para evitar asumir responsabilidad “la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*”⁴³, como ya afirmamos. Es la previsión genérica del art. 160 CCC. Justamente el art. 167 CCC impone que la liquidación “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, previendo responsabilidad de administradores y miembros –socios de control- que omitieron diligencia.

1. Normas imperativas y supletorias.

Asumimos ahora el comentario al tercer párrafo del art. 1° del ALGS.

⁴³ FIORENZA, Alejandro Ignacio “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?” Segunda parte, en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina pág. 305, esp. pág. 310.



Las normas imperativas del derecho societario no pueden ser dejadas de lado (art. 150 CCC cuando en su inc. a expresa que las personas jurídicas se reglan “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”⁴⁴, priorizándolo incluso de la ley de concursos⁴⁵, que deben ser integradas sin alterar aquella primacía, además de las del CCC, congruente con el art. 2° de ese ordenamiento. Justamente en torno a responsabilidad se encuentran las disposiciones del art. 1709 CCC.

Las normas que son imperativas para sus destinatarios, las que se le imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, se fundan en que sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. También deben distinguirse las opcionales imperativas, en cuanto permiten decidir entre más de una solución pero sin apartarse de ellas.

Nuestro lema ha sido siempre “libertad bajo responsabilidad”. Y esa libertad debe reconocerse, determinando a su vez sus límites.

2. ¿Cuáles son las normas imperativas del sistema societario? Responsabilidad.

Es notable el ensayo de Cándido Paz Ares sobre la libertad contractual en el derecho de sociedades⁴⁶ donde subraya los prejuicios paternalistas frente a la libertad, incluso respecto a los derechos individuales de los socios –tema tratado hace muchos años⁴⁷-, la normativa societaria es en gran medida subsidiaria de una regulación estatutaria de organización, y esto lo señala el art. 1 ALGS.

Debemos determinar que normas imperativas son las que interesan para la prevención de daños a terceros y se enrolan en el sistema de asegurar el patrimonio y no pueden ser dejadas de lado. La LGS a través de los arts. 94 incs. 4° y 5°, 96, 99 y 100⁴⁸ genera un régimen de prevención de la crisis y de daños a acreedores, respetando el principio tipificante de una sociedad cual es que los socios deban soportar las pérdidas –art. 1° ALGS-, y por eso dichas normas las previenen. No hay cambios sustanciales en el ALGS.

La imperatividad y preminencia de normas no genera una divergencia de énfasis, sino de fondo. El art. 96 LGS de no constituir una norma imperativa sería una norma disponible. Y lo que la misma dispone como opción es imperativo, porque su incumplimiento implica una conducta antijurídica que puede generar daño y por consiguiente responsabilidad. Responsabilidad no como sanción sino por el daño, dentro de la teoría general de la responsabilidad de base subjetiva. Incluso administradores y socios

⁴⁴ “NORMAS IMPERATIVAS DEL DERECHO SOCIETARIO PARA PREVENIR DAÑOS”, publicado 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 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DEL DERECHO SOCIETARIO Y EL SISTEMA CONCURSAL” en tomo I “Presupuestos y principios de los Concursos” en X Congreso Argentino de Derecho Concursal – VIII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Santa Fe Octubre 2018, página 621; “ANTE LAS CRISIS SOCIETARIAS CONSULTEMOS LA LEY ESPECIFICA (respondiendo a un par de críticas)” en RDCO, Sociedades – Doctrina pág. 113, número 276, Enero/Febrero 2016; “CRISIS ECONÓMICO-PATRIMONIALES DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (especialmente societarias) Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, publicado en Derecho Comercial y de las obligaciones (Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica), n° 272 mayo/junio 2015, Edición especial Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2015, pág. 613 y ss.; X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CONCURSAL – VII CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA “Crisis y Derecho”: “Normas imperativas del Derecho Societario para prevenir daños (art. 96 LGS)”, tomo I pág. 111.

⁴⁵ RICHARD, Efraín Hugo Perspectiva del Derecho de la Insolvencia, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba Rep. Argentina 2012.. Comunicación al VIII° CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y VI° CONGRESO IBEROAMERICANO DE LA INSOLVENCIA Tucumán (R.A.) septiembre de 2012, “LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL SISTEMA CONCURSAL CON EL SOCIETARIO ANTE LA CRISIS DE SOCIEDADES”, tomo II pág. 815; “LA ENSEÑANZA Y LA INVESTIGACIÓN DEL DERECHO SOCIETARIO DE CRISIS” en Anuario XV (2013-2014) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, pág. 351, editado en Córdoba diciembre 2015.

⁴⁶ PAZ-ARES, Cándido “¿Como entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? (Reflexiones a propósito de la libertad contractual en la nueva LSRL)” en obra AAVV de su dirección *TRATANDO DE LA SOCIEDAD LIMITADA*, Madrid 1997, Fundación Cultural del Notariado.

⁴⁷ *Derechos patrimoniales de los accionistas. La acción dentro de la teoría de los títulos valores*, Ed. Lerner, Córdoba 1969.

⁴⁸ “Disolución por pérdida del capital social y concurso”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Año Académico 2010, pág. 37. Ed. Academia, Córdoba 2011.



podrán disponer que la sociedad se concurse –generando una regulación procedimental, que otorga tiempos y espacios para decidir-, pero sin autorizar a generar una nueva opción de la fijada en la norma imperativa.⁴⁹ Deben optar⁵⁰ pues de no incurrirán en una antijuridicidad, y de existir daño deberán satisfacerlo. Los órganos de la sociedad tienen facultad para acordar con acreedores, p.ej. la capitalización, e incluso concursarse, pero sin alterar las opciones imperativas de esa norma.

-Recientemente se promulgó la ley 27541 de emergencia⁵¹, que suspende en su art. 59 la causal de disolución del inc. 5 del art. 94 LGS o sea de pérdida total del capital social y también la disposición del art. 206 LGS que impone a las sociedades por acciones una reducción obligatoria del capital social cuando se ha perdido el 50% del capital. Esa norma suspensiva regirá hasta el 31 de diciembre de 2020. Ello puede estar vinculado a las pérdidas que puede incluso generar el ajuste por inflación que se impone en los balances conforme dicha ley –y que se registró también en el 2002-. Pero sólo atiende a una situación formal, que el balance no acuse patrimonio neto negativo. En cambio la causal del art. 94.4 LGS –no suspendida y sin cambios en ALGS- de imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial atiende a un problema substancial.

Esa suspensión, mereció nuestro comentario⁵². Repetimos: “Frente a la crisis en la República Argentina, una ley de emergencia en el 2002 dispuso que la pérdida del capital social, ... no imponía ... la disolución de la sociedad, pero no se eliminó la norma que imponía la liquidación o capitalización de la sociedad ante la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social (art. 94.4. LSA) ... En situación semejante a la posibilidad de continuación de la empresa o sea consecución del objeto social, imponiendo este análisis a administradores y socios de control, como acaece en toda la legislación societaria mundial”.⁵³

Estos 18 años que separan la reiteración de la suspensión de esta causal de disolución enmarcan algunos cambios, particularmente introducidos por CCC y LGS que venimos comentando: el art. 150 del primero sobre la primacía de las normas imperativas de esta última al que se agrega la coherente disposición al art. 100 sobre la “viabilidad económica y social” de la sociedad.

El art. 94 LGS –al igual que en el ALGS- desenvuelve simples causales de disolución, que no implican la liquidación de la sociedad, ni fijan plazo para ello, pero generan una alerta y una previsión de especiales responsabilidades para administradores y socios. Es muy particular y coherente la sistemática

⁴⁹ MUIÑO, Orlando Manuel “EN TORNO A LA INDISPONIBILIDAD DE LA DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL”, en Crisis y Derecho, Tomo 1 “Las vías de prevención y saneamiento de la crisis empresarial”, pág. 124, Ed. Fespresa, Córdoba 2015; “El segundo aspecto (disolución ipso jure), puede fácilmente responderse de manera negativa, toda vez que, atendiendo a la disposición del art. 96 LGS, es posible remediar la situación de pérdida del capital social “si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. La causal requiere pronunciamiento de los socios, quienes pueden rechazar la disolución con reintegro total o parcial o aumento del capital (art. 96 in fine LGS). ... Las previsiones imperativas de la LGS, hoy acentuadas por el CCC, implican soluciones preconcursales cuando la crisis se ha agravado e insume la pérdida del capital social.” Ricardo OLIVERA GARCÍA en ap. III “El orden público en la ley de sociedades comerciales” del libro Estudios de Derecho Societario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005, enfrenta el tema de la imperatividad de las normas societarias en el derecho argentino, a partir de discernir ¿Cómo se determina cuando una norma es de orden público?

⁵⁰ Opción conforme el Diccionario de la Real Academia es la “Libertad o facultad de elegir. Derecho de elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal en negocio jurídico”. En el caso no se puede sustituir la decisión por algo no previsto en el propio art. 96 LGS.

⁵¹ RICHARD, E.H. “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94 5º de la LGS por la ley de emergencia” en La Ley, 20/21 de enero de 2020.

⁵² “Pérdida del capital social en la Emergencia Económica (un comentario al Dto. 1269/02) de necesidad y urgencia”, publicado en Semanario Jurídico, n° 1379, Córdoba 19 de septiembre de 2002, pág. 225 y ss..

⁵³ En *Perspectiva del Derecho de la Insolvencia*, citado, hacíamos esas apreciaciones a pág. 283, dentro de “La crisis de la organización societaria” que era una comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, realizado en Montepulciano, Italia, del 23 al 25 de septiembre de 2009 bajo la convocatoria “El desafío de la reestructuración de empresa. Costo y ventajas del saneamiento de las empresas en Italia y en Iberoamérica” –pág. 259 y ss.- en cuyo Preámbulo afirmábamos “Quizá nuestra posición se considere provocativa, pero esa es nuestra misión, generar controversia y no necesariamente inmediato consenso o coincidencias, pues en el disenso respetuoso y argumentado se irán encontrando argumentaciones que acercarán posiciones e iluminarán las correctas soluciones”.



de nuestro ley de sociedades, pues las causales de disolución no entrañan automáticamente una liquidación de la sociedad, para lo cual debe existir normalmente otra declaración del órgano de gobierno de la sociedad⁵⁴, pero si genera la constatación de la causal una alteración de las reglas de responsabilidad. Debe distinguirse claramente entre “causales de disolución” y “liquidación”, evitando usar la palabra “disolución” como sinónimo de aquella última. La existencia de una causal de disolución no implica la liquidación. Así debemos leer los artículos 96, 99 y 100 LGS y evitar la repetición en el ALGS.

El corto plazo que ahora fija la suspensión nos permite apuntar que aún cerrado en ese período el balance con patrimonio neto negativo, la Memoria que debe considerar la proyección futura anual o la consideración del mismo en fecha posterior por el órgano de gobierno, impondrá referirse a la viabilidad de la sociedad por la posibilidad de la consecución del objeto.

El primer principio para evitar generar daño y las consiguientes acciones de responsabilidad a quienes lo hubieren causado, directa o indirectamente es asegurar la viabilidad del negocio⁵⁵. El art. 99 LGS –mejorado por el art. 99 ALGS- señala la responsabilidad solidaria de administradores sin perjuicio de la responsabilidad de los socios si constatada la pérdida del capital social o la imposibilidad patrimonial sobreviniente no se hubiere enfrentado, por ejemplo con una de las opciones imperativas introducidas por el art. 96 LGS. Todo lo referente al capital social y causales de disolución, y eventuales responsabilidades por daño ante incumplimiento son indisponibles⁵⁶. Los órganos de la sociedad tienen facultad para resolver dentro de las opciones imperativas de esa norma cuando lo estimen necesario.⁵⁷

Declarada la pérdida del capital social al aprobar –sin reservas- un balance con patrimonio neto negativo, si bien nace de inmediato esa responsabilidad de administradores y socios “en su caso”, no existe plazo para la adoptar la opción imperativa prevista en el art. 96 LGS, pero con la remediación no se elimina la posibilidad de acciones de responsabilidad si se hubiere generado daño. Lo mismo acaece si se advierte la imposibilidad patrimonial para cumplir el objeto, prevista en el inc. 4 del art. 94 LGS que no se ha visto alterada ni en esa Ley de Emergencia ni en el ALGS, como anticipamos.

Así es congruente con el art. 1° ALGS que dispone que las pérdidas deben ser afrontadas por los socios –agregando el “riesgo” a su actual redacción LGS-, coherente con la legislación comparada y el informe Winter⁵⁸, ratificado por el art. 106 LGS. Aún en liquidación la sociedad podrá concursarse –art. 5 LCQ-. El ejercicio de la opción esta a su vez condicionado por el art. 100 de la misma ley a la “viabilidad económica” de la sociedad. No son normas disponibles que puedan ser alteradas por el Estatuto social o una resolución de su órgano de gobierno, ni por un juez⁵⁹ Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros.⁶⁰ Este principio es en resguardo de estos últimos.

⁵⁴ Aún en las causales que permitirían suponer el inmediato ingreso a la etapa de liquidación, como podría entenderse en el caso de vencimiento del plazo, se hace necesaria una declaración sobre el cambio de rol del órgano encargado de la liquidación –art. 102 LGS-.

⁵⁵ FUSHIMI, Jorge Fernando – RICHARD, Efraín Hugo “El balance anual de las sociedades. Constataciones y efectos”, en *Aspectos contables, impositivos y previsiones en las sociedades y en los concursos*, obra colectiva, Director Martín Arecha, Págs. 101 a 123 Publicación del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Legis Argentina SA, Buenos Aires, Abril de 2013.

⁵⁶ RICHARD, E. H. “El laberinto de la pérdida del capital social y su remediación” en pág. 111 del n° 7 de *Estudios de Derecho Empresario*, julio 2016, en portal de la Universidad Nacional de Córdoba. El artículo 1709 CCC es congruente con aquella norma.

⁵⁷ La Corte constitucional colombiana en sentencia T-597 definió de la siguiente manera estos conceptos “Pero en las leyes debe distinguirse con claridad entre aquellas de sus normas que son imperativas para sus destinatarios, es decir las que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues su efectos deben producirse con independencia del querer de las personas, de las que tienen un carácter apenas supletorio de la voluntad de los sujetos a quienes se refieren, las cuales operan solamente a falta de decisión particular contraria, y también de las opcionales, esto es, las que permiten a los individuos escoger, según su deseo y conveniencias, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a los efectos de las opciones consagradas”.

⁵⁸ Ese informe es el resultado del trabajo realizado por el “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades”, presidido por Jaap Winter, con el doble objetivo de iniciar una discusión sobre la necesidad de la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar una serie de recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador de las sociedades cotizadas.

⁵⁹ “El laberinto”, citado.

⁶⁰ STANGHELLINI, Lorenzo “Proprietà e controllo dell’impresa in crisi” en *Rivista delle Società* anno 49° 2004 settembre-ottobre fascicolo 5°, Editorial Giuffrè Milano, pág. 1079.



-El ALGS mantiene la línea de la ley del 72 frente a la causal de disolución de pérdida del capital social –ahora suspendida transitoriamente-, pero la atenúa permitiendo la recomposición dentro del año. O sea que la causal se produciría en el segundo ejercicio. Sin duda se sigue el criterio de la legislación española, pero que es más conservadora pues la causal de produce con sólo la pérdida del 75% del capital social, y se impone un corto plazo para adoptar soluciones.

Un punto importante, ante la dilación propuesta por ALGS, es el que pueda agravarse el daño en el segundo período.⁶¹ Un análisis que deberá enfrentarse es que solución dar para el caso que se hubiera perdido no sólo el capital social sino una parte importante del patrimonio en el segundo ejercicio. Creemos que el punto deberá apuntar a la conducta de administradores y socios, en lo que se informe en la Memoria sobre la prospectiva o en considerar incurso a la sociedad en otra causal de disolución en la nueva redacción del art. 94.4. ALGS “Por la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto...” por el estado patrimonial de la sociedad y no preverse soluciones a ello. Se generarían las responsabilidades previstas en el art. 99 ALGS que muta las mismas en relación de administradores y socios si se generara daño.

La cuestión se agrava por la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación, que podría derivar en quiebra. Los aspectos patrimoniales no siempre tienen exteriorización clara. Intentamos distinguir⁶² entre “cesación de pagos” e “insolvencia” para reflexionar sobre la responsabilidad de administradores y socios de control ante su avizoración, apareciendo contradicciones entre expresiones legales y realidad, pues a veces los activos están inmovilizados y hay patrimonio suficiente pero no flujos de caja para atender el pasivo exigible. En otros casos hay suficiente flujo de caja pero un patrimonio inexistente, y así múltiples expresiones de la funcionalidad de un patrimonio. Pero esas exteriorizaciones imponen normas de resguardo que sin imponer conductas generan un cambio de responsabilidad acorde con la disposición legal de que los socios asumen el riesgo y las pérdidas, si el negocio se frustra. Las situaciones que hemos descripto no

⁶¹ RICHARD, Efraín Hugo “Función de garantía del capital social (Y una apostilla sobre el Anteproyecto)”, en *Hacia un Nuevo Derecho Societario*, Ed. Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, t.III p. 1965, Rosario 2019.

⁶² “Art. 94 LGS. Disolución: causas. La sociedad se disuelve:... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”. Nto. “Las crisis de las sociedades y como abordarlas”, Ed. Fespresa, Córdoba, agosto 2010, págs.183, 185, 393, 427, 461, 465,581.



necesariamente llevan a la sociedad a una liquidación o a una situación concursal.⁶³ Por ello coincidimos con las expresiones de realidad que señala Olivera García.⁶⁴

Los problemas de déficit patrimoniales de la sociedad son abordados en la causal de disolución de “pérdida del capital social”. La misma debe ser total, apartándose de las posiciones anticipatorias del derecho comparado, o la genérica del referido art. 94.4 ALGS. A su vez no se fija plazo para su remediación (art. 96 ALGS), pero si determina responsabilidad (art. 99 ALGS) por daños desde su constatación con el balance realizado o que debió realizarse. La solución es congruente pues si administradores y socios consideran posible una recuperación patrimonial y la misma se produce no habrá daño a acreedores.

“En la sociedad anónima, esencialmente capitalista, no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente para que las pérdidas operen como causa de disolución, pues entonces los acreedores no tendrían ninguna seguridad o garantía para el percibo de sus créditos. De ahí que nuestra ley (art.260.1.4^a) declare causa de disolución el hecho de que se produzcan pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior al capital social, a no ser que ése se aumente o se reduca en la medida suficiente. Desde esta perspectiva, esa norma opera como un instrumento preconcursal destinado a evitar la insolvencia de las sociedades anónimas y su eventual declaración de quiebra”.⁶⁵

La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en crisis, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores⁶⁶, afirmándose la utilidad que revisten en general “los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis”⁶⁷. Responsabilidad siempre de base subjetiva, por accionar culposo o doloso generando daño.

El punto se enmarca en la planificación. La Memoria, como antipáramos, deberá ser más explícita en el análisis de lo proyectado para ese de ese intermedio: “Art. 66 MEMORIA.ALGS⁶⁸. Los

⁶³ La homologación de un acuerdo abusivo o en fraude a la ley no borra esa responsabilidad, ni genera su novación. El art. 167 CCC in fine remarca para todas las personas jurídicas privadas el principio societario enmarcado en el art. 99 LGS, y si ha existiendo un fraude a la ley societaria esa resolución no altera su juridicidad, conforme criterio de la CSJN en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”, donde apuntó que la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte: “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo del 12 de julio de 2001). Se impone así la problemática soslayada en los procesos concursales de sociedades: la interacción del derecho societario y el concursal. Visión práctica y sociológica que nos ha hecho pensar con el Profesor Emérito Dr. Juan Carlos Veiga en “El Contraderecho”, o sea en las costumbres contra legem que se desenvuelven en esos procesos para transferir la obligación de los socios de asumir las pérdidas a los acreedores. www.acaderc.org.ar. Con Juan Carlos VEIGA “Nueva visión en torno a la homologación de acuerdos con quitas en concurso de sociedades. El abuso y el fraude”, en VIIIº Congreso Argentino de Derecho Concursal y VIº Congreso Iberoamericano de la Insolvencia. Tucumán (R.A.) septiembre de 2012. Tomo 1 pág. 367.

⁶⁴ OLIVERA GARCÍA, Ricardo “La insolvencia empresarial y la eficacia de la herramienta concursal” en *Estudios de Derecho Concursal. Diez años de la Ley de Concursos y Reorganización Empresarial*, Directores Alejandro Miller – Alicia Ferrer – Zamira Ayul-, pág. 31 y ss. realiza una relativización muy importante sobre estos aspectos, los que indirectamente comentamos de seguido. Nosotros también divagamos sobre ello, en aspectos responsabilizatorios más que patrimoniales en la misma obra colectiva “Diez años no es nada, pero en derecho concursal es mucho... Concurso de Persona Jurídica: la función de garantía del patrimonio”, tomo II pág. 1367 a 1444.

⁶⁵ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A. y GARCÍA de ENTERRÍA, J. –“La sociedad anónima: disolución” Cap. 4, pág. 1001 en *Curso de Derecho Mercantil*.

⁶⁶ 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. Como acción extraconcursal.

⁶⁷ MIOLA Massimo “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” cit. pág. 1309.

⁶⁸ ARTÍCULO 66.- Memoria Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 1) Las razones de variaciones significativas operadas en las partidas del activo y del pasivo. 2) Una adecuada explicación sobre los gastos y ganancias extraordinarias y su origen y de los ajustes por ganancias y gastos de ejercicios anteriores, cuando fueren significativos. 3) Las razones por las cuales se propone la constitución de reservas, explicadas clara y circunstanciadamente. 4) Las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de



administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y u juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar de la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar: 6. La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar....(original: Estimación y orientación sobre prospectivas de las futuras operaciones)”.

Se trata de evitar la responsabilidad que agrava la conexión del art. 99 LGS con el 167 in fine CCC, es integrado ese criterio en el mismo artículo del ALGS: **“Respecto de cualquier operación ajena a esos fines, serán responsables solidariamente frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos últimos cuando la hubieren consentido expresa o tácitamente.”**, en coincidencia con el 167 CCC in fine que preceptúa **“...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”**.

Ello debe correlacionarse con la “viabilidad económica y social” requerida por el art. 100 LGS, con otra redacción en el Anteproyecto limitada a la “viabilidad económica”: **“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. Para su validez entre los socios, la resolución deberá estar fundada en la viabilidad económica 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 casual de disolución, se estará a favor de la subsistencia de la sociedad”. Advirtamos que es “sin perjuicio de las responsabilidades asumidas”, a las que acabamos de hacer referencia, con lo que cierra el ALGS su sistema de responsabilidad.

3. Responsabilidad e inoponibilidad.

Recordamos que, así como se accede a la personalidad -generada y moldeada- por la autonomía de la voluntad, esa personalidad sólo desaparece cuando se ha producido la liquidación y extinguido todas las relaciones obligacionales generadas durante la existencia de esa persona jurídica.

Pero ante ilicitudes hay normas que, bajo la idea del “descorrimiento del velo” o de “la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, sin extinguir la sociedad imputan sus actos o responsabilidad, a un tercero por abuso de la funcionalidad societaria. Lo hacen los arts. 144 CCC y el art. 54 tanto de la actual LGS como del ALGS, que mejora la redacción.

ganancias en otra forma que en efectivo. 5) La política de dividendos propuesta o auspiciada, con una explicación fundada y detallada de la misma. 6) La política empresarial proyectada y aspectos relevantes de su planificación y financiación, con una estimación prospectiva de las operaciones en curso o a realizar 7) Las relaciones con sociedades directa o indirectamente controlantes, controladas o vinculadas, así como con las controladas por la misma controlante, las variaciones operadas en las respectivas participaciones, sus créditos y deudas recíprocos y el resultado de las operaciones y negocios entre ellas, si fueron en condiciones de mercado y, en caso negativo, sus razones. 8) Las relaciones establecidas por medio de contratos asociativos u otros que fueren de significación relativa, así como el estado y evolución de los negocios respectivos.



Sólo agregaremos, de un tema que hemos trabajado⁶⁹, como cierre en el límite de este ensayo, aspectos de la inoponibilidad en palabras de Jesús Alfaro Aguila Real⁷⁰: “Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. - Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, **los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico**, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. - *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo.* - Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que **las personas jurídicas son centros de imputación provisional** (o, en otras palabras, **centros de distribución** de derechos y obligaciones) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en **aislamiento**, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. - En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, **prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros**, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: **imputación** donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de **extensión de responsabilidad** a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél. ...”. **Cita a** la jurisprudencia norteamericana “son casos (In *Hystro Products, Inc. v. MNP Corp.*, 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir.Nos. 12-1351, 12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría

⁶⁹ RICHARD, E.H. “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; y con José Luis PALAZZO: “El art. 144 Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, en *LA LEY* año LXXX N° 54, TOMO LA LEY 2016-B-diario del lunes 21 de marzo de 2016. En la publicación se omitió lo que los Autores habían incluido en el título “: ¿una travesura o una concepción integral sobre responsabilidad de funcionarios públicos por daños patrimoniales ocasionados en el ejercicio irregular de su cargo?”. El Editor, a su vez, destacó inicialmente al texto “La imputación directa de la actuación desviada de la persona jurídica a los controlantes que la hicieron posible importa que dichos controlantes de derecho o de hecho queden obligados personalmente por las obligaciones de la persona jurídica, pero ello no implica que se anule la personalidad o que debe disolverse el ente. En rigor, lo que se pierde –en estos casos– es la división patrimonial de primer grado entre el sujeto de derecho y sus integrantes, fundada positivamente en los arts. 143 del Código Civil y Comercial –para todas las personas jurídicas– y 56 de la Ley General de Sociedades.

⁷⁰ ALFARO AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i) | Nov 17, 2015 | Derecho Civil, Derecho Mercantil, Lecciones | 5 Comentarios en Almacén de Derecho.



a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria “to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation.””

Hasta aquí estas deshilvanadas líneas –que hemos iniciado con referencias a la personalidad-, apoyando al ALGS en su completísima estructura, permitiéndonos mínimas observaciones para asegurar la funcionalidad del sistema, en el desarrollo económico de nuestra Patria, convencidos de que se trata de una reforma pergeñada en un sistema de libertad de organización, con escasos –pero precisos- límites a esa autonomía, de cuyo incumplimiento puede derivar responsabilidad de generarse daño, tema con el que hemos concluido este ensayo. Un ALGS integral, equilibrado, sobre el que valdrá la pena trabajar para perfeccionar nuestro sistema societario, aspecto que sin duda abordaremos –con o sin nueva ley- en el Congreso de Derecho Societario a realizarse en Córdoba -3/5 de octubre de 2010-.