



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

1

ENCUENTRO ACADEMIAS OCTUBRE 2024

El Principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho en las Relaciones de Organización Personificadas. El "contraderecho" en los concursos de sociedades

Efraín Hugo RICHARD

I N D I C E: ESBOZANDO.1*EL OBJETIVO ESPECÍFICO 2* EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 3*COLISIÓN NORMATIVA EN TORNO A RESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN PERSONIFICADAS. 4*. EL ART. 150 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LAS NORMAS IMPERATIVAS. 5* EL DEBATE. 6*. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. 7*. LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. EL EFECTO NOVATORIO DEL CONCURSO. 8* CAPITALIZACIÓN. 9* LAS MALAS COSTUMBRES. 10*. EL EFECTO NOVATORIO DE HOMOLOGACIÓN A LOS SOCIOS SOLIDARIOS. 11* LA MANCOMUNACIÓN. 12*RESPONSABILIDAD DE SOCIOS SECCION IV LGS. 13*. EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA A SOCIOS OBLIGADOS MANCOMUNADAMENTE. 14*. EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD. 15*. EL CCC en su TITULOS PRELIMINAR Y EL FRAUDE A LA LEY. 16*. MEDITANDO.

ESBOZANDO. ESTOY EN RETIRADA. HASTA SIEMPRE. LES DOY MI CORAZON. Inicio con estas palabras recientes de Pepe Mujica, que debería señalar al final, pero podría olvidarme...

NO HAY PLATA... pero eso no es solo por la comodidad de los gobiernos de aparentar confort buscando la reelección, sino por una marginalidad creada desde el capitalismo financiero global y el incumplimiento sistemático a un sistema impositivo exagerado.

1*EL OBJETIVO ESPECÍFICO es sobre. *La Legalidad y las Fuentes Normativas en las crisis societarias imponen una vinculación sistémica del ordenamiento jurídico argentino.*

Como no recordar un camino y lo que significa hoy. En 1981 la conservación de la empresa, en 1984 las relaciones de organización y la unidad del derecho privado, los Congresos de Academias..., la deuda externa y el capitalismo financiero mirando a Alberdi, la nulidad absoluta y la responsabilidad en las relaciones de organización, la futilidad del capital social y la sociedad por acciones simplificada en 1992, la personalidad jurídica particularmente su oponibilidad y extinción, la infrapatrimonialización y sus riesgos, en el último Encuentro los diálogos con Tobias sobre el art. 144 LGS sobre oponibilidad y la responsabilidad de funcionarios públicos, y desde siempre cuestionamos las prácticas

ilegales en los concursos de sociedades, acabámos de reintroducir el tema de la trazabilidad de las inversiones en el homenaje Gomez Leo...

Y a la par vemos que no se entiende ni enfrenta un capitalismo financiero globalizante, salvaje y destructivo, y correlativamente se desatiende al capitalismo empresarial, con inversiones bancarias y de valores trazables. Ya en los albores de este siglo lo señalamos en ACCIONES POR DAÑOS POR LA PESIFICACIÓN DE LOS DEPÓSITOS, que puede verse en www.acaderc.org.ar, apuntando a un fallo de la Corte en el caso Bustos “¿Qué inconveniente existe por la actividad de la banca *off shore* en el país, realizada por entidades locales a través de la electrónica en lo que se dá en llamar *indirect doing business*? Ninguno si la ley lo permite.-

Los fallos de la Corte parecerían haber zanjado la disputa de cómo debían devolverse los depósitos a plazo fijo en moneda extranjera pesificados. - Aquí abrimos un interrogante: ¿se podrán promover acciones de responsabilidad? - Podría pensarse que si la investigación del Procurador General –o en un juicio particular, lo que es más difícil-determina que existió el complot que presintió Zaffaroni, el Estado mismo o particulares podrían –acreditando daño- promover acciones de responsabilidad contra quiénes hubieran realizado esas dolosas actuaciones, ello sin perjuicio de calificar como actividad ilícita la sociedades a través de las cuales se hubiere realizado la maniobra, con las sanciones previstas en el art. 19 L.S.- Sería interesante hacer conocer al Sr. Procurador General la preocupación por conocer el estado de esa causa. –“ No hubo respuestas.

Por eso hoy los diarios oscurecen la visión relatando las estafas con criptomonedas, de tipo piramidal, que concluirán con quiebras, con responsabilidades inalcanzables.

En la doctrina comercialista se empieza a advertir que el Código Civil y Comercial y las reformas introducidas por la Ley 26994 a la Ley de Sociedades han generado un nuevo paradigma en el Derecho Societario. Entendida la noción de paradigma como ese proceso gnoseológico superador de las concepciones vigentes. Por eso también el Derecho Concursal debe encaminarse hacia nuevos paradigmas que permitan afrontar la crisis de un patrimonio, con visión sistémica y analizando dos columnas vertebrales del nuevo paradigma: el Derecho Concursal y el Derecho Societario no pueden caminar por caminos convergentes en la superación de la crisis y dotar de continuidad a la empresa.

Señala Gabriela Boquín ,”como consecuencia del imperio del artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, es imposible considerar la existencia de microsistemas aislados y no realizar un diálogo de fuentes y una interpretación integral de todo el ordenamiento jurídico a la hora de resolver un conflicto en el cual existe un daño que debe ser reparado”.¹

¹ **BOQUIN Gabriela: Responsabilidad de Socios y Administradores. Ed. Dy d. Año 2024 pág.93**

Es innegociable el compromiso ético en la búsqueda del ideal de Justicia que nutre cada tema del derecho mercantil: la buena fe, la solución rápida de los conflictos, a verdad sabida y buena fe guardada.

De ahí la importancia de este Encuentro sobre *El Principio de Legalidad y las Fuentes del Derecho*. La visión que expondré sobre Libertad bajo responsabilidad, me lleva a mirar la restrictiva posición de la jurisprudencia para tratar la infrapatrimonialización de las sociedades, que podría llegar a ser tratada como actividad ilícita, lo hemos insinuado Lascano y Cesano en Madrid, y es advertible en el caso Ocampo vs. Ocampo, en cuanto el Superior Tribunal dio vuelta dos veces el rechazo de una acción de responsabilidad, sin indicar el art. 99 LGS, limitándose a la interpretación del Art. 275, pudiendo haberse invocado el principio *lura novit curia*, particularmente por la infrapatrimonialización.

Pretendo incitar a repensar

La inquietud, que existía, no pudo soslayarse desde 1995, con la nueva ley concursal 24522 –LCQ–, que generó prácticas de propuestas homologadas con quitas y esperas predatorias. Hicimos juicio crítico internacional en “Perspectiva del Derecho de la Insolvencia”, editado en Córdoba 2010 por esta de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

Libertad bajo responsabilidad es nuestro lema desde hace 25 años. Y en el caso tiene especial importancia, pues frente a la libertad para generar Sociedad, Personas jurídicas, parecía atenuada la responsabilidad, que destacamos refiriéndonos al “Contraderecho”² y ahora en el prólogo al libro de Boquin³. EL Presidente uruguayo Luis Lacalle Pou en su reciente discurso en la ONU adoptó el mismo lema para el Derecho Internacional Público.

El lema tiene especial trascendencia ante la libertad que adopta nuestra legislación para que las sociedades tengan personalidad conforme los arts. 141 y ss. del Código Civil y Comercial, y la particular estructuración y libertad que puede tener la sociedad, unipersonal o pluripersonal conforme la Ley General de Sociedades en su reforma del año 2015 –LGS–, particularmente en su Sección 4ª. arts. 21 a 27, incluso respecto a la

² **RICHARD, Efraín Hugo – VEIGA, Juan Carlos “EL CONTRADERECHO (EL ABUSO Y EL FRAUDE EN LA HOMOLOGACION DE ACUERDOS CONCURSALES PROPUESTOS POR SOCIEDADES COMERCIALES CON QUITAS) en *Pensar en Derecho*, Nro. 5 Año 3, pág. 257, Buenos Aires, Febrero 2015. Ed. Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.**

³ **BOQUIN, Gabriela Fernanda *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRAPATRIMONIALIZACION E INSOLVENCIA” Ed. D y D, Argentina 2024, con nuestro prólogo, su tesis doctoral en la Universidad Nacional de Córdoba del año 2023 revolucionando la doctrina adormecida.***

unipersonalidad pese a que no se siguió el anteproyecto del año 2012 de ubérrima libertad, pero luego la ley del emprendedor del año 2017 introdujo la Sociedad por Acciones simplificadas, con novedades en la estructuración de la sociedad pero claro anclaje en las normas imperativas de la LGS por expresa remisión de sus arts. 55/6. La ley del emprendedor y la SAS –pese a que ya habíamos hecho referencia a un tipo similar sin capital social- en el Proyecto de la Comisión del Ministerio de Justicia del año 1992, generó un debate prolífico, agudo y profundo. Adherimos al nuevo tipo social, muy plástico, pese a que entendemos que la libertad generada en la sección 4ta. LGS supera a aquella. Recordamos la expresión de la LSC de 1972 de *reconocerle la calidad de sujeto de derecho* porque es la disposición normativa determinada que la convierte en un centro de imputación diferenciado autogestante, a la par de organizar un sistema para atender las crisis patrimoniales.

Pero nuestra preocupación sigue recalando en la responsabilidad, particularmente frente a la crisis económico, financiera o patrimonial de las sociedades que suele ser abordada sin especificación en concurso de sociedades con exclusiva aplicación de LCQ sin referencias a la LGS, que motivó que nos refiriéramos a las costumbres contra legem en el concurso de Sociedades.

Y este Encuentro es feliz para volver sobre la cuestión.

2* EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Es que afrontamos el principio de legalidad que es un principio jurídico fundamental del estado de derecho conforme al cual todo ejercicio de poder debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisdicción, no a la voluntad o arbitrio de personas particulares o mandatarios.

La Corte tiene dicho que, conforme surge del artículo 19 de la Constitución Nacional, toda nuestra organización política y civil reposa en la ley; los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca (Fallos: 178:355; 191:245; 229:368; 311:2553; 327:388; 330:3801- disidencia de los jueces Maqueda y Zaffaroni-). Explicó que el precepto citado exige que las normas incluidas dentro de la juridicidad tengan el mayor grado de precisión y previsibilidad posible a fin de que cumplan con el estándar de claridad que es exigible para que los sujetos puedan ajustar sus respectivas conductas (Fallos: 341:1017 - voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosatti; 344:3209). El principio de legalidad impone a ciudadanos y autoridades la total sujeción de sus actos a las previsiones contenidas en la ley (Fallos: 330:4234; 331:699; 331:1312; 331:1679; 331:2784; 334:1143; 334:1754; 338:793) y exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal (Fallos: 331:858; 340:549 voto de los jueces Highton de Nolasco y Rosenkrantz; 342:2344; 344:3156). Como se observará, el principio en análisis resulta aplicable a distintas áreas del derecho e indudable a acotar la libertad de

actuación en torno a la creación y funcionamiento de las personas jurídicas, y un enfoque especial sobre la responsabilidad.⁴

Es que en las relaciones de organización personificadas aparecen imputables de responsabilidad otras personas con otras fuentes: responsabilidad que resulta del tipo societario, responsabilidad de sus administradores orgánicos y responsabilidad de los socios de control, particularmente cuando los órganos societarios deciden someterse a un procedimiento concursal donde la legalidad surge de normas diversas y aparentemente discordantes.

A SU VEZ, las FUENTES DEL DERECHO, terminología que designa todo lo que contribuye o ha contribuido a crear el conjunto de reglas jurídicas aplicables hoy por las personas, dentro de las principales fueron la religión y las costumbres.

Las fuentes del derecho son formales, reales e históricas; de las primeras tenemos la legislación, costumbre, doctrina y jurisprudencia, de ellas nacen las normas jurídicas.

En general en la Argentina, se entiende que son fuentes formales del derecho, la ley y los contratos; y que la jurisprudencia, la equidad, los usos y costumbres, los principios generales del Derecho y la doctrina, son instrumentos interpretativos de las mismas. Específicamente el CCC en su título preliminar desbroza la cuestión genérica sobre la que se debatirá en este Encuentro. Nos limitaremos, por el tiempo concedido a concentrarnos en la normativa aplicable a las crisis societarias, especialmente cuando se enfrenta un concurso, procedimiento judicial al que no se encuentra obligada, pues la legislación societaria desde 1972 coordinó normativamente como atender las crisis patrimoniales.

3*COLISIÓN NORMATIVA EN TORNO A RESPONSABILIDAD EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN PERSONIFICADAS.

Concretamente enfrentamos ante la crisis de sociedades sobre problemas de responsabilidad, desinteligencia en la integración normativa, sobre sujetos, efectos novatorios de una homologación y de congruencia de normas CCC, LCQ y LGS.

En primer término postulamos que la libertad no puede exonerar la responsabilidad por daño generado, y esto es particular en el caso de infrapatrimonialización, donde la costumbre en los concursos omite referirse a normas imperativas, elementos fundantes de la existencia de la persona. A su vez cuando nos adentramos en la cuestión, advertimos un régimen de impermeabilidad absoluta, pero cuando el patrimonio es insuficiente aparece regímenes diferentes si la sociedad es con responsabilidad ilimitada, que impone referirse a la mancomunación, y cuando es limitada

⁴ jurisprudencia@csjn.gov.ar

para determinar en que casos se asume responsabilidad por parte de socios, además de los administradores.

Lo sosteníamos hace muchos años, antes del Código Civil y Comercial –CCC- y LGS.⁵ El Código introdujo una norma señera, congruente con nuestro pensamiento

4*. EL ART. 150 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LAS NORMAS IMPERATIVAS.

Nuestras preocupaciones en torno a la autonomía de la voluntad, encuentran ahora respuesta normativa: el art. 150 CCC referido a personas jurídicas, el art. 963 CCC a los contratos y art. 1709 CCC a la responsabilidad civil. La primera apunta a la primacía de las normas imperativas y las otras dos a las normas indisponibles, para limitar o acotar esa autonomía. No parece que esa distinta nominación genere una interpretación dispar.

Iniciáticamente diríamos que no nos internamos en si las normas imperativas son de orden público. El efecto sobre la autonomía de la voluntad no variaría, y es zanjado por el art. 12 CCC, determinando que si se persiguiera por el amparo de una ley otro prohibido por otra norma se considera otorgado en fraude a la ley y se aplicará la ley que se intenta eludir. Limite preciso a la autonomía.

En paralelo desde hace más de un par de décadas nos viene preocupando el enfoque de la crisis de las sociedades generado en los procesos concursales, donde se transfiere el riesgo de los socios a los acreedores mediante quitas y esperas desmesuradas, impuestas por mayorías ocasionales, particularmente después de la reforma de la universalidad contenida en el art. 21 LCQ en el año 2006⁶. El art. 1° LGS caracteriza una relación societaria, fijando que las pérdidas las asumen los socios, y esa relación no podría modificarse (la absolute priority rule del derecho de la insolvencia anglosajón, que se corresponde a no alterar el orden de los privilegios o prioridades). El apartamiento a las normas societarias imperativas, constituye fraude a la ley.⁷

⁵ En **“EL DERECHO PRIVADO EN EL SIGLO XXI, agenda presente y futura en Homenaje a la Prof. Noemí L. Nicolau” Tomo I - 1a ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2022. Tomo I. ISBN 978-987-03-4460, pág. 541-442. Pueden verse otros ensayos en www.acaderc.org.ar**

⁶ **RICHARD, Efraín Hugo “SALIENDO DE LA CRISIS (UNA MIRADA A LA PRECONCURSALIDAD PRIVADA PARA LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL: NADA NUEVO, SOLO IDEAS O ACTITUDES NUEVAS)” en tomo I pág. del libro EL DERECHO ARGENTINO FRENTE A LA PANDEMIA Y POSTPANDEMIA CORONAVIRUS 19 – REFLEXIONES CRÍTICAS DESDE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA.**

⁷ **Dictamen Fiscal General, Dra.G.Boquín en VIAL 3 S.A. s/Concurso Preventivo.Setiembre 2012**

Las normas se clasifican en imperativas y supletorias, siendo indispensable reconocerlas para interpretar y aplicarlas. Una norma es imperativa cuando no es posible substraerse a lo que obliga o prohíbe, es supletoria cuando lo dispuesto por la norma se aplica a falta de previsión del contrato o estatuto, o sea cuando puede ser cambiada o modificada según esa voluntad de las personas intervinientes en el negocio jurídico en cuestión. Así son imperativas para sus destinatarios las que se les imponen a quienes están en una situación jurídica determinada sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. Son imperativas también las opcionales, esto es, las que permiten escoger, según su conveniencia, entre dos o más posibilidades reguladas por la misma ley en cuanto a efectos de las opciones consagradas. La imperativa generalmente impone obligaciones o establece prohibiciones. La supletoria brinda la posibilidad que las partes fijen los efectos, u obligaciones y prohibiciones que gobiernen su relación jurídica, y si las partes nada dicen la norma entra a suplir esa indefinición, de modo que la ley sólo tendrá efecto si las partes no expresan su voluntad, por lo que se puede afirmar que una norma supletoria permite que la voluntad de las partes prevalezca.

Reza el art. 150 CCC dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: “Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código...”. O sea que para las sociedades la ley especial es la LGS, “o en su defecto” –de ellas- por normas generales imperativas del CCC.

Primero debe determinarse la existencia de sociedad. En la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse la tesis planteada por José Girón Tena, seguida por Cándido Paz-Ares, que afirman “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.⁸ En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.⁹ La causa es el advenimiento de la persona jurídica, como indicamos.

“La recepción por parte de numerosas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que han cedido el paso a estas nuevas

8 GIRÓN TENA, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: Revista de Derecho Privado. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

9 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena. Ed. Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”¹⁰. La tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria generando la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. 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”.¹¹ La escisión es un viejo ejemplo no advertido.

Es oportuna la cita de Tullio Ascarelli, de 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”¹².

Por ello el concepto asociativo amplio de tipo contractual organizativo no personificante lo localizamos en el CCC arts. 1442 y ss., concentrando en la LGS la sociedad en sentido estricto, al decir de Girón Tena, generando un patrimonio como prenda común de los acreedores, afrontando una finalidad propia, liberada de una tipicidad de segundo grado conforme se repensó en la reforma a los arts. 1, 21 y ss. 100 y concordantes LGS, conforme la ideación de Manóvil, Roitman y nosotros en el Anteproyecto CCC/LGS 2012.

Lo que hemos escudriñado sirve para preguntarnos sobre normas imperativas para desentrañar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades limitando la autonomía de la voluntad.

5* EL DEBATE.

Aspecto de debate lo constituye la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC vinculando las normas imperativas generales a las especiales. El Diccionario de la

10 RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). N° 9. Córdoba: 2015, p. 55-86.

11 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.

12 FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”. En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127.

Real Academia señala como definición de “en su defecto”: “A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito”. Ejemplifico, a que refiere el art. 99 LGS “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”. ¿Cuándo se genera responsabilidad de los socios? Sirve ante la opacidad de la construcción de aquella norma, otra general similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC que dispone “Liquidación y responsabilidades” especificando “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”. O sea los socios que hacen mayoría.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 in fine CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por las normas imperativas de la ley especial, o en su defecto, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

El art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa general. Así integrando el art. 99 LGS la responsabilidad recaerá sobre los socios de control, o sea los que puedan tomar una decisión.

Avancemos en las nuevas fronteras de la autonomía de la voluntad en las sociedades, con la oponibilidad de los estatúdo entre las partes en caso de sociedades irregulares, que se aseguró en el 2015. Ahora el contrato es siempre oponible entre las partes y también frente a terceros que lo conocieran. Sólo una diferencia formal con las sociedades inscriptas, su personalidad está reconocida erga omnes, en las de la sección IV queda sujeta a prueba, fácil de lograr en cuanto actúen legalmente, pues la brindarían la CUIT, la cuenta bancaria. ¿Que puede quedar incluida además de la sociedad de los tipos previstos no inscripta? Una sociedad de hecho, una civil que siempre pudo tener objeto civil y comercial -la prohibición de tener objeto civil era para las sociedades comerciales y fue derogada en el año 72-. Porque no hablar de una sociedad simple, cuyo objeto no necesariamente es la actividad empresarial, pues están comprendidas las de mera administración de cartera, previstas para toda sociedad en el art. 31. LGS.

Ese sistema de la que llamamos sociedad simple sólo requiere en art. 23 individualización de socios y su “participación” si quieren registrar bienes. Coherente con el 142 CCC que determina que la personalidad se genera desde su constitución.

Lo importante es un patrimonio apto para la gestión. Pensamos en la gestación de préstamos participativos regulados en el art. 1531 CCC, en negocios en participación,

crowdfunding, compraventas programadas con pago actual y entrega diferida, acciones privilegiadas rescatables, obligaciones convertibles, pool finance.

Demitificamos como imperativa la noción del capital social. ¿Pero que normas imperativas existen? En recientes coloquios todos, con diferentes criterios sobre otros temas, coincidieron en aquellas que tutelan a terceros. Agregaríamos a las que defienden la viabilidad de la actividad empresarial. Así en la SAS, incorporadas dos años después que la sociedad simple, en los arts. 55 a 56 de la ley de emprendedores, señala que las previsiones sobre disolución y liquidación de LGS les serán aplicables.¹³ Las causales de disolución, particularmente las de los apartados 4 y 5 del art. 94 LGS constituyen supuestos de crisis instalada. Graves, que superan una mera cesación de pagos. Resguardan derechos de terceros y de allí la responsabilidad de administradores y socios que genere daños por acción u omisión, protegiendo la función de garantía del patrimonio.

La pérdida del capital social puede generar una zona gris, pero la constatación de un patrimonio negativo marca una línea roja: la infrapatrimonialización. Las causales de disolución –art. 94.4 y 5-, no imponen plazos, dan soluciones en forma de opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS y congruente con la libertad de acción, establecen la responsabilidad del art. 99 LGS que hemos referido. Pero si la crisis es más grave, infrapatrimonialización, el camino para resolverlo, concurso mediante o no, es marcado imperativamente por esas opciones del art. 96 LGS, bajo el riesgo de que asuman responsabilidad solidaria administradores y socios, no por la responsabilidad del tipo, sino de aquellos socios que consintieron la situación.

Baste recordar que en el Proyecto del Ministerio de Justicia de 1992 con las participaciones protagónicas de Horacio Fargosi y Sergio Le Pera, inconciliables, introducimos con Araya la “Sociedad por acciones simplificadas” como un nuevo tipo muy maleable y donde estaba prohibida la mención del capital social en orden a asegurar la existencia de patrimonio suficiente para la viabilidad de la actividad social sin dañar, determinando anualmente la viabilidad y la posibilidad o no de distribuir utilidades.

¹³ **Artículo 55.- Disolución y liquidación. La SAS se disolverá, por voluntad de los socios adoptada en reunión de socios, o, en su caso, por decisión del socio único o por las causales previstas en la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984.**

Artículo 56.- Liquidación. La liquidación se realizará conforme a las normas de la Ley General de Sociedades, 19.550, t.o. 1984. Actuará como liquidador, el administrador o el representante legal o la persona que designe la reunión de socios o el socio único.

Converge el art. 100 LGS admitiendo la conservación de la actividad empresarial aún frente a la liquidación, pero mantiene esa responsabilidad, exigiendo una manifestación unilateral sobre la viabilidad de la actividad. Al no imponer plazos se configura un sistema de auto decisión de administradores responsables.

Lo referido a causales de disolución y la liquidación, como la falta de patrimonio necesario, son normas imperativas, irrenunciables e inderogables, ligadas al art. 1° LGS que tipifica la relación y dispone en forma imperativa que las pérdidas serán soportadas por los socios. A salvo la autonomía de la voluntad de remover causales reintegrando el capital social en el caso. Esto es coherente con el criterio de la Comisión presidida por Jaap Winter: el riesgo en la crisis patrimonial de Persona Humana es de sus acreedores, en el caso de sociedad es de sus socios.

Si las normas no son imperativas, genera una disponibilidad, o sea la posibilidad de pactar de diferente forma. ¿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 patrimonial –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? ¿O que se concursara la sociedad para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación?

La sociedad inviable no contiene una empresa conservable en su seno. En síntesis, la tendencia de la conservación de la empresa que marcó toda una época del Derecho Concursal¹⁴ se introduce al Derecho Societario. Conservar la sociedad viable –que esta es la única empresa tutelable-, absolviendo el estado de crisis, evitando que se instale al avizorarla o instalada, es el postulado conforme las conclusiones de la 45ª Sesión de Trabajo de UNICITRAL de 2.014¹⁵, acordando “El objetivo de la presente Recomendación es garantizar que las empresas viables con dificultades financieras, cualquiera que sea su ubicación en la Unión, tengan acceso a unos marcos nacionales de insolvencia que les permitan reestructurarse en una fase temprana con el fin de prevenir la insolvencia. Estos son los objetivos del Banco Mundial, las Directivas Europeas y toda posición sensata como lo previmos en 2012 con Manóvil y Roitman.

¹⁴ **ROJO, Ángel en Prólogo de “El INREC en devenir pretérito y actual del Derecho Concursal Comparado”, de BARO, Alejandro y otros. Ed. Inca, Mendoza, República Argentina, p. 17.**

¹⁵ **[United Nations Commission on International Trade Law](#), Grupo 5, Derecho de la Insolvencia, celebrada en Nueva York los días 21 a 25 de Abril.**

6*. EXTINCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA. A diferencia de los contratos de cambio, la sociedad -que no es un contrato- exige para su extinción un proceso instituido por la ley como de orden público, que se inicia con la constatación o generación de una causal de disolución y prosigue con la liquidación, implica realizar el activo para afrontar al pasivo, distribuyendo el remanente -de existir- entre los socios, poniendo fin al sujeto de derecho societario, haciendo así efectivo el derecho de la cuota de liquidación.

No existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución. Esa constatación sólo crea una modificación de la organización societaria, en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño. La sociedad puede seguir actuando, con un agravamiento de responsabilidad (art. 99, LGS).

La causal disolutoria de pérdida del capital es la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, y es similar a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social de carácter patrimonial, financiero o económico, contenida en el ap. 4 del art. 94 LGS.

7*. LA RESPONSABILIDAD DE SOCIOS EN LAS RELACIONES DE ORGANIZACIÓN. EL EFECTO NOVATORIO DEL CONCURSO.

| Ante la transferencia del riesgo a los acreedores, por quitas concursales y la posibilidad de ejercitar las acciones de responsabilidad prevista en el art. 99 LGS homologando un acuerdo de mayorías, resulta conveniente constatar los limitados efectos de la “novación” concursal –art. 55 LCQ-, pues se intenta sostener¹⁶ como efecto de esa homologación se extingue las acciones contra administradores societarios que pudieran ejercer los acreedores concurrentes.

Centrando atención en el efecto novatorio sostenido respecto a las acciones de responsabilidad, que hemos contestado oportunamente¹⁷, ahora sólo apuntaremos en limitado espacio: ¿La homologación produce la condonación del daño? No lo creemos, a veces ese es el momento a partir del cual el daño se hace evidente.

¹⁶ TRUFFAT, E. Daniel “IMPROCEDENCIA DE ACCIONES EXTRACONCURSALES DE RESPONSABILIDAD CONTRA LOS DIRECTORES DE CONCURSADAS POR LAS QUITAS HOMOLOGADAS”, en *Doctrina Societaria y Concursal Ed. Errepar*, n° 281, año XXIV, t. XXII abril 2011.

¹⁷ Nto. “SOBRE LA NOVACIÓN POR ACUERDOS CONCURSALES (y algo sobre responsabilidad de administradores)” en *Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar*, n° 282, mayo 2011, año XXIV, tomo XXIII, pág. 445.

El objetivo concursal es absolver la crisis de la sociedad¹⁸, sin liberar a terceros patrimonios, y de allí el limitado efecto de la novación concursal, perfectamente descripto por Edgar Baracat. En identidad Heredia¹⁹ remarca lo limitado de esa noción: “el efecto novatorio dispuesto por la ley concursal intenta facilitar al deudor la obtención de financiamiento y crédito después de homologado el acuerdo mediante la cristalización de su pasivo en un monto definitivo”. No de otros patrimonios.

No puede extenderse ese efecto de la novación legal de las obligaciones crediticias producidas por el acuerdo homologado (art. 55 LCQ), a la obligación de reparar derivadas de la responsabilidad de administradores pues son obligaciones independientes, autónomas y de fuentes diferentes. Es inadmisibles hablar de efectos que la obligación de reparar se extinga como consecuencia de la novación concursal, o de la eliminación tácita de la antijuridicidad, pues si hay daño imputable a sujetos no concursados no parece extinguido el derecho a reclamar por el perjudicado, en acción extraconcursal prevista por el art. 99 LGS. El efecto de la novación concursal del art. 55 de la LCQ se extiende única y exclusivamente a las obligaciones de la sociedad en crisis (veremos luego el tema de los socios solidarios) y no extingue las acciones de responsabilidad que se pudieran entablar contra los administradores de la misma, o contra los socios por conducta abusiva en acción extraconcursal.

No existe duda del carácter imperativo de las normas de derecho societario para evitar daños a terceros, asegurando la función de garantía del patrimonio. Y es obvio que el recurso concursal ha sido utilizado con abuso de derecho y fraude a la ley societaria²⁰, sancionado por la legislación actual y mejor caracterizada aún en el art. 12 del Título Preliminar CCC.²¹ Particularmente si hay daño por el acuerdo, no por la presentación en concurso.

8* CAPITALIZACIÓN.

La capitalización de deudas es una visión distinta para afrontar las crisis de sociedades sin daño matemático. El tema aparece como una remake en nuestra historia. Se viene incentivando “la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración

¹⁸ Nto. “BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL SISTEMA CONCURSAL”, en la **Revista de la Universidad Nacional de Córdoba año 1979/1980, edición Universidad, Córdoba 1982, pág. 261.**

¹⁹ HEREDIA, Pablo D. “Tratado Exegético de Derecho Concursal”, Ed. Ábaco, Bs. Aires 2000, t. 2 págs.238 y ss. especialmente a págs. 250/5.

²⁰ Nto. “Insolvencia societaria en el Proyecto de Código”, en **La Ley, 4 marzo 2013, LL 2013-B.**

²¹ Nto. “SOBRE EL TÍTULO PRELIMINAR DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL” en **El Derecho, diario del 5 de abril de 2013, Buenos Aires.**

de concurso (los conocidos como institutos preconcursales). Precisamente destaca, la expresa previsión en nuestra LCQ –art. 43- de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, debt equity swap, como posiblemente integrante de los acuerdos preconcursales. Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa da alguna especialidad a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, con ocasión de esta reforma también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación”. Esto podría creerse de mi pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019 “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”²² y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y refinanciación, art. 100, y no al art. 150 CCC introducido en el 2015 ratificando nuestra anterior interpretación.

La LGS dispone de normas para evitar daños a terceros: los arts. 96, 99, 100 y 197.2. En el Concurso de sociedades deben evitarse prácticas que constituyan abuso del derecho en perjuicio de los acreedores, que en principio impiden la homologación del acuerdo. El apartamiento de normas societarias de carácter imperativo, constituye fraude a la ley. Debe evitarse la desnaturalización de los derechos de los acreedores. El Juez conforme le impone el art. 52.4 LCQ debe evitar los efectos de este ejercicio abusivo de conformidad a la potestad que le confieren los arts.10 y 12 del CCC y la aplicación de las normas de la ley de sociedades.²³

La eventual insuficiencia general de recursos o cesación de pagos es zona gris, pues la infrapatrimonialización constituye una línea roja, “red flags” que alertan aún en la “one dollar corporation”, cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo lo que significa que se ha perdido la garantía, rompiendo una barrera al señalarse contablemente la pérdida del capital social²⁴.

²² **En ese momento se generó un murmullo en el Auditorium, y una voz desde un conjunto de juristas españolas, señaló aquí está, generando un inmediato breve diálogo con la distinguida autora con mis felicitaciones, señalándole que seguiría usando de su material, diálogo que profundizamos luego.**

²³ **CNCom.Sala F.24/4/2012 en: “Talleres Reunidos ItaloArgentino S.A. s/ Concurso Preventivo”.**

²⁴ **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 Cs. Sociales (UNC), pág. 1.**

Sin duda la capitalización de deudas, incluso laborales, en el caso que se asegure la continuidad de la empresa, su viabilidad y el mantenimiento del empleo, podrá entregar experiencias interesantes sobre el “accionariado obrero” y una visión del “capitalismo emprendedor” (art. 100 LGS).

*Como Karsten Schmidt, Gallego Corcóles y tantos otros apostamos al análisis de la problemática en un derecho societario de crisis²⁵ ¿O se pretende preparar la legislación para generar concursos de sociedades para que los acreedores asuman la pérdida sin recibir ninguna contraprestación? Recurrimos a Héctor Cámara que apostillaba “El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial”. La obstaculización de administradores y socios a la capitalización de créditos para evitar la crisis puede generarles responsabilidad.²⁶

Las soluciones societarias permiten integrar socios interesados en el plan de negocios, en reflotar la actividad, compartiendo con los originales socios –que son los que tratan de impedir esa integración con quitas contrarias al sistema societario-. Bajo el principio de buena fe -art. 9 CCC-, Truffat señaló²⁷ “Con respeto a la propuesta concordataria propiamente dicha, en tanto y en cuanto se pretenda la moralidad de tal medio de superación de la cesación de pagos: La necesidad de que la solución preventiva a obtener importe aquella que la doctrina argentina denomina: “el esfuerzo compartido”. Es literalmente inmoral que la solución concordataria devuelva a los accionistas de la concursada una empresa revitalizada y que todo el daño recaiga “en exclusiva” en los acreedores del sujeto así salvado. Esa posibilidad importaría consagrar el enriquecimiento incausado en favor de los antedichos”.

En tal orden Karten Schmidt exponía “En la mayoría de los países del mundo muchas de nuestras cuestiones de responsabilidad son tratadas como elementos del Derecho Concursal. En parte eso se basa en la observación correcta, que las cuestiones de responsabilidad entran en vigencia en los casos de insolvencia. En Alemania, donde prevalecen los pensamientos sistemáticos en el Derecho, la tendencia hasta ahora era la contraria: la mayoría de nuestras cuestiones actuales de responsabilidad son clasificadas como elementos del Derecho Societario –no del Derecho Concursal-. En el año 2000, en el

²⁵ **Nto. “Enseñanza del Derecho Societario de crisis” en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, n°364 Marzo 2018, p. 165.**

²⁶ **GALLEGO CÓRCOLES, ob. cit. pág. 381.**

²⁷ **TRUFFAT, Daniel “La abusividad de la propuesta y la moralización de los concursos en lo atinente –precisamente- a la oferta del deudor”, en II Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Mérida, México.**

Segundo Congreso Iberoamericano²⁸ expuse el motivo por el cual en Alemania hasta el momento lo vemos así. En la actualidad todavía considero correcta esta apreciación sistemática del Derecho. Los derechos y obligaciones de los cuales hablamos, por cierto no resultan del procedimiento de insolvencia”. La doctrina italiana reitera que la reforma omitió una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²⁹. El Congreso de La Cumbre del año 2000 dejó una huella.

9* LAS MALAS COSTUMBRES.

En largo diálogo hemos intentado trazar un marco de las escasas normas imperativas que limitan la autonomía en la construcción del estatuto de sociedades, y en esa ruptura que advierto en caso de crisis, recordamos trabajos en común con Juan Carlos Veiga, señalando esa imperatividad antes de la existencia del art. 150 CCC, catalogando como EL CONTRADERECHO y las costumbres contra legem que se suscitan en los concursos de sociedades, al que ya hemos hecho referencia porque es una alerta ante una doctrina contemplativa.

Sobre prácticas en concurso de sociedades alejadas de principios éticos, copio parte de mi comentario a la “LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRA COMENTADA” AAVV, Ernesto E. MARTORELL Director, Ed. La Ley, Buenos Aires, mayo 2012, 5 tomos (págs. 1016, 936, 846, 1129 y 1463 respectivamente). “ La lectura de una *ley comentada* no parece ofrecer estímulos para una reseña, como cuando uno descubre el contenido de otro tipo de obra jurídica. Pero una ojeada a la imperdible presentación del Director y al índice, como plan de obra, me tentó a una reseña –sin duda mezquina- de esta obra, que me recuerda de inmediato las de Cámara, Quintana y Heredia, sin menoscabo de otras. Esa presentación es una autopsia de la legislación concursal desde el año 1995, pero con agudísimas referencias al uso desviado, ajurídico y amoral del proceso concursal, o de la supuesta versión “extrajudicial” del APE. Lo cito textual “...todos conocemos lo grave que significó para una comunidad con un nivel de moral colectiva tan bajo como el que ya existía en ese momento en nuestro País, la castración de las acciones de responsabilidad... autores tan serios como Bergel o Maffia hablaron del *réquiem* de estas acciones para beneplácito de los *pillos*. No menos grave fue el mantener *intocada* la normativa referida a la extensión de la quiebra, dejándose librados a síndicos y damnificados a tener que enfrentar a

²⁸ **SCHMIDT, Karsten “El derecho empresario y el derecho concursal” en De la Insolvencia Segundo Congreso Iberoamericano AAVV directores Junyent Bas-Rodríguez Pardina-Richard, Ed. Advocatus, Córdoba 2000, tomo III pag. 751 y ss..**

²⁹ **NIGRO, A. “Le società per azioni nelle procedure concursali”, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino 1993, 209 ss.**

picaros aggiornados que utilizan mecanismos de máxima sofisticación para estafar ... ampliando aún más la situación de significativa impunidad que se otorgó a los comerciantes y empresarios inescrupulosos *carta blanca* para delinquir...nadie ignora que su empleo generalmente se ha venido dando desde entonces siempre en situaciones sospechadas de fraude en las que el *cramdista*...por lo común terminaba siendo un allegado al cuasi-fallido *pillo*, que desembarcaba como tal –tras fracasar como concursado –a través de una sociedad *off shore* o de un amigo de turno, cuando no del *testaferro* de estilo....corresponde evaluar qué actitud asumió nuestra veleidosa *comunidad jurídica* frente a aquella crisis, y como acompañó las situaciones posteriores, ante institutos tan bochornosos como el APE...y harto peligrosos... nuevamente recurro a Cámara: *El principio de conservación de la empresa no constituye una patente de corso para la gestión empresarial... los APE fueron utilizados para convalidar verdaderos despojos...*.Y agrego el cierre que hice de ese comentario “Es conocida mi posición en la conjunción de la legislación societaria y concursal para asumir la crisis de las sociedades, particularmente en una obra que cita un coautor, y mi esperanza en el tratamiento de estos temas “tabús” para los concursalistas había sido incentivada por el prólogo de Martorell. Sin duda quiénes deben –o buscan- tramitar un juicio concursal, los jueces que no tengan un claro criterio sobre las continuas estrategias que esbozan las sociedades concursadas para transferir el problema a los acreedores, y los representantes de acreedores con dudas de cómo abordar sus verificaciones o las peticiones de quiebra, encontrarán en este profundo libro un auxiliar fundamental para ayudarlos a tomar la correspondiente decisión.” Córdoba, julio de 2012.

En Córdoba, en octubre 2022 al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa se desarrolló, como anunciamos en Rosario en 2019 bajo el lema “Libertad bajo responsabilidad” con la consigna temática de generar nuevas visiones sobre las normas vigentes. Un cambio de ideas y paradigmas que permitan ajustar las organizaciones actuales atento los requerimientos de desarrollo del país, ingresando en el análisis y exposición del LGS, por la ignorancia de esta pieza normativa y el perjuicio a acreedores. Sobre esos temas ingresó vehemente la Fiscal General Dra. Gabriela Boquin³⁰ ingresó en su tesis doctoral con meticulosidad y precisión, mostrando la diferencia en la antijuridicidad que genera la solidaridad prevista en el CCC y la LGS, y la particularidad de la prevista en ese art. 99 LGS, particularmente sobre la cuantía del daño y el carácter de concurrente.

³⁰ **BOQUIN, Gabriela Fernanda** *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRPATRIMONIALIZACION E INSOLVENCIA” Ed. D y D, Argentina 2024, con nuestro prólogo.*

10*. EL EFECTO NOVATORIO DE HOMOLOGACIÓN A LOS SOCIOS SOLIDARIOS.

En el reciente Congreso de la Insolvencia de Buenos Aires Carlota Palazo y Sebastian Bortwick³¹, afinan otro aspecto de la cuestión de responsabilidad ante las crisis societarias, referido en el art. 56 LCQ, en cuanto a que los socios solidarios son beneficiados con la novación concursal, pues el concurso implica la quiebra posible de ellos, lo que no ocurre en las sociedades con responsabilidad limitada u otro tipo de responsabilidad, que implica el análisis y las disposiciones imperativas que hemos dejado expuestas.

Motivados por un fallo explican “que en USA no hay discusión alguna sobre la subsistencia, en procesos reorganizativos, de la posibilidad de iniciar acciones de responsabilidad en contra de administradores y/o socios por daños o incumplimientos funcionales. Esto es, un mismo crédito puede demandarse contra la sociedad deudora en su proceso de Chapter 11 y en juicios independientes y ajenos a ese proceso concursal, en contra de los socios/administradores de esa sociedad que se consideren responsables del pago de idéntico crédito. De conformidad con la Section 524 (e) de la Ley de Bancarrotas Norteamericana, de ninguna manera el *discharge* obtenido por la sociedad deudora a través de su Chapter 11 implicará la exoneración automática de responsabilidad de un tercero (entre ellos, socios y administradores de la deudora) que no se hubiere concursado; es decir, el *discharge* sólo puede beneficiar a la persona – humana o jurídica – que hubiere puesto “en juego” todo su patrimonio a través del Chapter 11.”

Apuntan en cambio sobre el derecho argentino que “Se trata de reconocer dos premisas básicas: La primera, que: *“Socios y administradores deberían ser responsables por su mal comportamiento y por tanto pasibles de acciones judiciales que determinen su responsabilidad independientemente del estado de solvencia o insolvencia de la sociedad y, en caso de insolvencia, de que la sociedad se encuentre tramitando un proceso reorganizativo o liquidativo”*³². La segunda, que: *“El discharge solo debería beneficiar a los deudores que pusieron todo su patrimonio sobre la mesa para negociar el acuerdo preventivo con sus acreedores”*.

³¹ **XII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO CONCURSAL y X CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE INSOLVENCIA, en la Comisión II: Procesos concursales, socios, stakeholders y otros terceros Tema: Responsabilidad de los socios y accionistas. Responsabilidad de los administradores y otros terceros Título: ¿Exoneración automática de responsabilidad de administradores y socios en el Concurso Preventivo?, Carlota Palazzo y Sebastián Borthwick**

³² **Aurelio Gurrea-Martínez – Adolfo Rouillon, “Derecho de la insolvencia: un enfoque comparado y funcional”, Bosch, 2022, página 183.**

Afirman para la “deconstruyen primero el sistema de responsabilidad:.. que Nuestro sistema general de responsabilidad prevé un deber de reparar ante la violación del deber de no dañar o incumplimiento de una obligación – conforme artículo 1716 CCyC –.

Extractamos de “CRISIS DE SOCIEDADES Y ATIPICIDAD (con un nuevo enfoque de la problemática de quién afronta la crisis para darle solución eficiente)”³³: Evitar el daño, soportando las pérdidas los socios, se encuentra también inserto “en el principio de integridad del capital y en las funciones que a éste se asignan. En efecto, si la defensa del interés de los acreedores descansa en la función de retención patrimonial que tiene asignada la cifra del capital social, parece razonable que en una situación en la que el patrimonio ha descendido”³⁴ poniendo en peligro la satisfacción del pasivo se adopte una solución. Por eso he transitado en este Instituto asumiendo el riesgo del disenso, hincando en la realidad y tratando de pensar en un sistema jurídico integrado. Conforme a ello se gesta la desnaturalización del proceso concursal. Ya opinaba Anich en ese Congreso de 2000 sobre la ley de concursos actual en Argentina “Las fallas son notables e importantes. Basta solo señalar que continúan existiendo una serie de comportamientos a los que podemos denominar como *espurios*, y que entre otros son: ... insolventarse antes de iniciar el proceso concursal. Generación de hipotecas o prendas sobre bienes libres de gravámenes. Creación ficticia de acreedores. Compra de créditos para impedir la verificación de algunos acreedores. Negociaciones para impedir la verificación de algunos acreedores”.³⁵

³³ RICHARD, Efraín Hugo “CRISIS DE SOCIEDADES Y ATIPICIDAD (con un nuevo enfoque de la problemática de quién afronta la crisis para darle solución eficiente)” Publicado en *DERECHO CONCURSAL IBERAMERICANO. REALIDAD Y PERSPECTIVAS. Obra conmemorativa al XV aniversario del INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONCURSAL, Ed. IIDC, Colombia 2019, pág. 381.*

³⁴ GARCIA CRUCES, J.A. *Derecho de Sociedades Mercantiles*, Ed. Tirant Lo Blanch, , Valencia 2016, pág. 479. En el caso de España por debajo de la mitad del capital social –o de un tercio según el tipo-, en Argentina del 100%, pudiendo verse el estudio de derecho comparado en *Estudios de Derecho Empresario, AAVV "Crisis de Sociedades y la legislación societaria"*, en Volumen Especial N°10: "Revista informática del Instituto Iberoamericano del Derecho Concursal, revista electrónica en el portal de la Universidad Nacional de Córdoba <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/issue/view/1407>

³⁵ ANICH, Juan A. “Hacia un necesario cambio en la teoría del conflicto concursal, posibles alterativas normativas. Una mera conjetura intelectual” en *DE LA INSOLVENCIA. II CONGRESO IBEROAMERICANO* cit. Tomo I pág. 13, específicamente pág. 14.

Recordamos el caso del Acuerdo Preventivo Extrajudicial de un poderoso medio de comunicación que bajo el prestigio del grupo que integraba emitió obligaciones negociables en dólares estadounidenses y que en el año 2002 declaró su cesación de pagos logrando con pocos votos una importantísima quita y espera. A los pocos meses realizó un balance y de esa quita resultó un estado patrimonial que determinaba una multimillonaria ganancia, pagándose de inmediato el impuesto respectivo, distribuyéndose entre sus socios ese inesperado –o cuidadosamente gestionado- lucro, que fue usado aparentemente para adquirir otro medio de comunicación formando un importante centro generador de nuevas utilidades, gracias al regalo impuesto a los acreedores.

En la confluencia de responsabilidades, particularmente entre administradores y socios, señalamos que el deber de reparar que en caso de que varias personas hubieran participado en la producción del daño se concretará a partir de la aplicación de las reglas de las obligaciones solidarias o concurrentes³⁶, según la causa del daño sea única o respondiera a causas distintas – conforme artículo 1751 CCC –. Y cuando se tratara de codeudores solidarios, la cuota correspondiente a aquel que deviniera insolvente debe ser cubierta por todos los obligados – de acuerdo con el artículo 842 CCC –. Ley General de Sociedades b.1) La regla es que los socios con responsabilidad limitada se encuentran exentos de responder con su patrimonio por deudas sociales. La excepción, es la imposición de responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios. A su vez, los casos en que la ley regula la posibilidad de atribuir responsabilidad solidaria e ilimitada a los socios se subdividen en las siguientes categorías: b.1.1) responsabilidad ilimitada y solidaria por todo el pasivo social que puede imputarse ya: (i) en forma originaria, como por ejemplo en el derecho vigente, los socios de las sociedades colectivas o los socios comanditados, así como los socios de sociedades de objeto ilícito (art. 18 LGS); o (ii) en forma derivada, como ocurre con los socios de sociedades de objeto lícito y actividad ilícita (art. 19 LGS)³⁷. ...” Se omite toda referencia al art. 99 LGS para pasar luego a la “Ley de Concursos y Quiebras ...- el artículo 55 LCQ que dispone que el efecto novatorio del acuerdo preventivo homologado no extingue las obligaciones ni del fiador ni de los codeudores solidarios;”.

La decisión del legislador de beneficiar a los socios solidarios (derivados) con los efectos del acuerdo preventivo homologado se constituye entonces en un obstáculo para la implementación de un régimen de responsabilidad eficiente. Es, en verdad, un

³⁶ **BOQUIN, Gabriela Fernanda *RESPONSABILIDAD DE SOCIOS Y ADMINISTRADORES (FRENTE A LA INFRAPATRIMONIALIZACION E INSOLVENCIA*” ya citado, pag. 249.**

³⁷ **Algunos supuestos bien pueden encuadrar en ambos puntos, como ocurre con la responsabilidad por participaciones recíprocas (art. 32 LGS) o la impuesta al socio aparente y socio oculto (arts. 34 y 35 de la LGS).**

sistema que no solo genera los incentivos incorrectos, sino que naturaliza la impunidad y, por ende, debería ser modificado.

11* LA MANCOMUNACIÓN.

En esos efectos de la infrapatrimonialización y los concursos, intentemos una referencia a los efectos de la responsabilidad por MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES³⁸

Refiriéndose a la Sección IV del Título I de la ley general de sociedades (LGS), cuya reforma fue integral, Rafael Manóvil³⁹ abunda exhaustivamente sobre los proyectos, apuntando a la necesaria desaparición de la sociedad civil. El problema fundamental que debió resolverse en todos los proyectos de unificación es el de que, al desaparecer todo criterio delimitador de la materia comercial respecto de la civil, las formas societarias debían también prescindir de esa diferenciación. En todos los proyectos se reconoció que ello no podía suceder a costa de una alteración, académicamente resistida, de las modalidades actuales de la sociedad civil.

En el 2012, cuando trabajamos con Rafael Manóvil y Horacio Roitman, nos pareció superfluo mantener una disposición puramente docente de que a las sociedades de la Sección IV se les aplica la parte general de la ley societaria. También se eliminó la remisión supletoria a la sociedad colectiva, sin implicancia concreta alguna.

La regla de la responsabilidad mancomunada y por partes iguales, de conformidad con los tres Proyectos, rige salvo las excepciones establecidas en el artículo 24, a las que no nos referiremos por no conflictivas. Ponemos énfasis en que esa responsabilidad es mancomunada: “simplemente mancomunadas y por partes iguales”.

12*RESPONSABILIDAD DE SOCIOS SECCION IV LGS.

Tema criticado en la reforma a la LGS es la previsión de responsabilidad subsidiaria, mancomunada y no solidaria que se plasma en el artículo 24 de la LGS para todas las sociedades incluidas en la Sección IV, para recibir en ese sistema de “sociedad simple” a la sociedad civil⁴⁰, punto que se había impuesto por la Comisión Reformadora.

³⁸ **RICHARD, EFRAÍN HUGO “APOSTILLAS SOBRE LA MANCOMUNACIÓN EN LAS SOCIEDADES DE LA SECCIÓN 4 DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES”, en *Doctrinaria Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, n° 355 Junio 2017, Buenos Aires, pág. 535.**

³⁹ **Manóvil, Rafael: “La sociedad devenida unipersonal” - Revista Código Civil y Comercial - LL - N° 4 - octubre/2015 - págs. 37/60.**

⁴⁰ **Reggiardo, Roberto S.: “Sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la LGS. El confuso régimen de responsabilidad de sus socios” en AAVV y Antoni Piossek, Carlos R. y Carlino, Bernardo P.: “El derecho comercial a 200 años de**

Ello fue coherente con la reforma del artículo 27 de la LGS sobre la posibilidad de sociedad entre cónyuges, con permisividad amplia,.

Los efectos de las obligaciones mancomunadas han sufrido modificaciones en el CCC., debilitándola en relación con terceros en sus reclamos a los así obligados. Norma el artículo 628 del CCC.: *“La obligación simplemente mancomunada es aquella en la que el crédito o la deuda se fracciona en tantas relaciones particulares independientes entre sí como acreedores o deudores haya. Las cuotas respectivas se consideran deudas o créditos distintos los unos de los otros”*. Y el artículo 826 establece que *“los efectos de la obligación simplemente mancomunada se rigen, por lo dispuesto en la Sección 6 de este Capítulo, según que su objeto sea divisible o indivisible”*.

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

¿Deberá demandar un acreedor social a cada uno de los socios, en los casos de estas simples sociedades, por su parte viril y perderá acción si alguno es insolvente? La respuesta afirmativa parecería la correcta frente a la claridad de la norma.

Pero la mancomunación trata de una supuesta limitación de responsabilidad frente a los acreedores, pues esa división de la deuda los obliga ilimitadamente por su parte viril. Además, como veremos, en caso de insolvencia -falta o desconocimiento de bienes del patrimonio de la sociedad-, puede nacer responsabilidad solidaria de administradores y socios que han favorecido el incumplimiento de normas imperativas, incluso en aquellas sociedades con limitación de responsabilidad del socio, pues ello no desluce la mancomunación prevista para los socios de las sociedades reguladas por los artículos 21 a 26 de la LGS, con efecto limitado a su regular funcionamiento.

Esa obligación mancomunada de los socios es manteniendo el sistema de la “porción viril”, pero es fundamental reconocer la misma como subsidiaria, lo que marca sus alcances dentro de la “responsabilidad societaria”. La subsidiariedad, conforme a lo previsto en el artículo 143 del CCC. se afirma en la solución expresa del artículo 56 de la LGS sobre el valor de la sentencia, su oponibilidad, no solo a la sociedad demandada sino a los socios, sin perjuicio del derecho de excusión. Primero deben aplicarse los bienes del patrimonio social a la satisfacción de los pasivos sociales y recién después podrá reclamarse la “responsabilidad societaria”. Esa y todas las normas generales de la ley son aplicables a las sociedades simples.

Resulta lógico que la responsabilidad eventual de los socios sea siempre subsidiaria, o sea, cuando el patrimonio social no satisface las obligaciones sociales, como prenda común de los acreedores. El principio de división significa que el patrimonio de la

persona jurídica y el de sus miembros se halla separado. Una de las crisis de las sociedades es su infrapatrimonialización, su sobreendeudamiento o la insuficiencia del flujo de caja para asumir las obligaciones contraídas o cumplir el objeto social (empresa). Ello implica el mayor conflicto societario pues involucra la propia existencia de la sociedad. La aplicabilidad del art. 54 de la ley 19.550 requiere –en temas de responsabilidad como señala Lorenzetti en el caso *Daverede*–, como presupuesto indispensable que la sociedad “manipulada” sea insolvente⁴¹, ya que, sino no habría razón para aplicar el remedio, pues no se produciría una utilización abusiva de la misma, salvo supuestos de imputación. Pero entendemos que el recaudo de la insolvencia es relativo, no exigido por la norma pero obvio para ciertos supuestos por razones prácticos. En efecto la insolvencia de la sociedad no sería necesaria en supuestos de imputación del negocio para burlar derechos de terceros o los otros supuestos previstos por la norma.⁴¹

Conforme al mismo criterio hemos sostenido que el art. 144 CCC sobre inoponibilidad es aplicable a personas jurídicas tanto privadas como públicas, lanzando la posibilidad que el Estado la use para reclamar por daños al alto funcionario que há violado algun Derecho, tema que llevamos al libro dirigido por Juan Carlos Veiga em Homenaje a Julio Altamira.

El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, pues los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.

En el debate se confunde personalidad con limitación de responsabilidad, tema afín a cierto derecho comparado, pero ajeno a nuestro sistema, donde la limitación de responsabilidad no es un efecto de la personalidad jurídica sino propia de la tipología del ente personificado. Justamente, la Comisión de Reformas al receptar esa posición y las explicaciones sobre la recepción de la declaración unilateral de voluntad constitutiva de una nueva persona jurídica, centrando la cuestión como anticipamos, formuló las siguientes Consideraciones: “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*”. Es la protección de la sociedad-persona jurídica (no contrato) de los acreedores individuales de los socios, en beneficio de los acreedores sociales (incluso los trabajadores) y de aquellos acreedores involuntarios que conservarían algún derecho en expectativa al respecto de la sociedad.

⁴¹ **RICHARD, Efraín Hugo SOBRE INOPONIBILIDAD en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246. Reproducido por Microjuris, 2010.)**

Por eso cabe sostener que la responsabilidad de los socios de sociedades comprendidas en la sección 4ª. LGS es, en principio, mancomunada, subsidiaria e ilimitada en la porción viril a su cargo. Solo luego de la excusión del patrimonio de dichas sociedades (conf. art. 56, LGS), los socios deberán responder con todo su patrimonio (conf. art. 242, CCC) como deudores mancomunados de una obligación divisible.

13*. EXTENSIÓN DE LA QUIEBRA A SOCIOS OBLIGADOS MANCOMUNADAMENTE.

¿Para qué hablar de responsabilidad, extensión de quiebra como sanción, resarcimiento de daños, reparación del incumplimiento de las personas jurídicas si el tercero puede satisfacer su derecho reclamando a la persona jurídica?

En hipótesis falencial, consideramos que no procede la extensión automática de la quiebra de la sociedad de la Sección IV de la LGS a sus socios en los términos del artículo 160 de la LCQ, dado que la quiebra de la sociedad no hace presumir ni exterioriza la incapacidad patrimonial de sus socios, sin perjuicio de ser pasibles de quiebra en los términos del artículo 77 del inciso 2) de la LQC, luego de acreditado alguno de los hechos reveladores de estado de cesación de pagos previsto en el artículo 79 de la LC, y de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de la LC⁽⁴⁾. No obstante, es tema en discusión, aunque la dilación de los jueces en aceptar las peticiones de quiebra cubre los intereses de esos socios que podrán satisfacer su cuota evitando el riesgo. El cuarto párrafo del 56 LCQ avala nuestra opinable posición: el título refiere a socios solidarios y el texto a la ilimitación de la responsabilidad. En la duda debe atenderse a no generar más daño en una extensión automática de quiebra, sin perjuicio de la posibilidad de peticionarla, como hemos referido.

Coherentemente con ello sostenemos que el efecto novatorio de un acuerdo homologado no los beneficia ni libera de esa responsabilidad ante concretos reclamos.

14*. EXTENSIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Quizá esto implica volver al principio. En las relaciones de organización personificadas, la responsabilidad de los socios tiene tres fuentes: a. la que corresponde al tipo social elegido, siempre subsidiaria a la falta de patrimonio, b. la vinculada a la viabilidad de la sociedad, particularmente por infrapatrimonialización que afecta particularmente a socios con responsabilidad limitada, y c. por la actividad del socio que genere daño, conforme los principios de la teoría general de la responsabilidad civil.

El requerimiento de responsabilidad a socios y administradores acaecerá –fuera de las previsiones del tipo social o del daño causado –y su reparación por la teoría general de la responsabilidad- cuando el patrimonio de la sociedad sea insuficiente para satisfacer sus pasivos. Y en ese momento se deberá determinar el grado del requerimiento -y la

fuente- por la que puede reclamarse a socios y administradores. También hemos fustigado la acción de extensión de la quiebra del artículo 161 de la LC por ineficiente, frente a acciones de responsabilidad común e incluso las de los artículos 54 ter de la LGS y 144 del CCC, llamadas de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que son continuamente aplicadas por la jurisprudencia en estos casos.⁴²

Pero los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros. Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores. Y en este punto queremos recalcar.

Las referencias que hacemos a la “responsabilidad societaria” nos obligan a exteriorizar nuestra posición diferenciando a la “responsabilidad general”, o sea que nace de la “teoría general de la responsabilidad”, en principio de base subjetiva, donde debe existir daño -insolvencia, a decir de Lorenzetti-, una conducta antijurídica -en casos determinados por la propia ley societaria (arts. 18, 19, 54 ter, 94.5, 96, 99 y otros, LGS; 144, 167 y otros, CCC), una acción u omisión imputable al legitimado pasivo de responsabilidad y un nexo causal generador del daño.

Venimos sosteniendo que la quita en concurso de sociedades es por lo menos abusiva, sino en fraude a la ley si se ha acreditado la pérdida del capital social.⁴³

Sin duda convergeremos en la aceptación de que las crisis de sociedades no están reguladas solo por el derecho concursal sino que debe formalizarse en cada legislación la integración interpretativa referida. A su vez, que el proceso concursal no puede constituirse en un fraude a la ley societaria. Algunos entienden que ello se evita con un “esfuerzo compartido”.

Impone señalarse que el “esfuerzo compartido” implica cuanto menos un cuestionamiento frontal a la propuesta de quita -y ulterior acuerdo-, unido a esperas que hacen que los acreedores sean los únicos a los que se les impone soportar la crisis de las sociedades, sin esfuerzo alguno de los socios y en su exclusivo beneficio al patrimonializar

⁴² Puede verse jurisprudencia en Richard, Efraín H.: “La pérdida del capital social, el daño a los acreedores y la responsabilidad de administradores y socios a la luz del Código Civil y Comercial y la ley general de sociedades” en “Cuestiones mercantiles en el Código Civil y Comercial de la Nación” - Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas” - abril/2016 - pág. 565 (parte 2: “Análisis crítico de jurisprudencia”)

⁴³ Richard, Efraín H.: “Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley” - LL - T. 2014-D - 6/6/2014 - págs. 1/6.

la sociedad. Así lo ha sostenido Daniel Truffat⁴⁴. Bernardo Carlino también formula su opinión en similar sentido⁴⁵.

Claro que es un aparente “esfuerzo compartido”, porque la capitalización que hacen los socios en su beneficio por la propiedad que tienen del patrimonio social y la quita de los acreedores también, pues disminuye el pasivo social y genera una utilidad para la misma y correlativamente del valor de las participaciones de esos socios.

Es un gran avance entre los que no objetan las propuestas de quitas en concursos de sociedades, y los que las rechazamos. Un puente de encuentro. La irrupción de nuestras ideas se puede advertir en la propuesta en el caso Vicentin, su rechazo en primera instancia y su aceptación en segunda, con un final aún abierto ante una pseudo capitalización, sobre lo que trataremos de seguido.

La idea es que más vale prevenir que curar, actuando preventivamente, dentro de lo posible en el marco de la negociación privada y ante la intolerancia o imposibilidad en sede judicial. Y por sobre todo con buena fe (art. 9, CCC). El Código remarca esta visión, al determinar el orden de aplicación de normas a las personas jurídicas privadas, en su artículo 150 del CCyCo., que da prioridad a las imperativas de la ley de sociedades y recién en su apartado c) se refiere a las “*normas supletorias de las leyes especiales*” -que sin duda no pueden alterar a aquellas imperativas-.

Si es una obligación por norma imperativa de administradores y socios ante la pérdida del capital social capitalizar o liquidar. Recurrir al concurso preventivo -que no es una obligación legal- para incumplir aquella prevención de ley especial, imponiendo la patrimonialización por quita a los acreedores, estamos frente a un fraude a la ley (art. 12, CCC.).

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 podría llegar hasta para permitir distribuir utilidades. Por ello la quita es imponible como ganancia, difiriendo su pago hasta 4 años o antes si se reparten utilidades.

El tema se perfila de otra manera si alcanza a formalizarse propuesta de quita, si no se ha producido la pérdida real del capital social, pues habría abuso de derecho, pues

⁴⁴ **Truffat, Daniel E.: “El derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial” - Revista de las Sociedades y Concursos - Ed. Fidas - abril/2016 - año 16 - 2015 - pág. 85, que al invitar a nuestra respuesta, la generó en la misma Revista (pág. 99) en “Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)”.**

⁴⁵ **Carlino, Bernardo P.: “El sistema de preconcursalidad societario ante la pérdida del capital social (arts. 96 y 99) y si ello es incompatible con la pretensión de los socios de no capitalizar y que los acreedores hagan quitas a sus créditos para encubrir esa pérdida” - Crisis y derecho - IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia - T. I - pág. 121.**

solo sería necesaria una espera⁴⁶. Si hay abuso, el juez debería aplicar la norma del artículo 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 de 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 del CCC.; se refiere al “orden público” y al “fraude a la ley”: “...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”.

La disposición del artículo 52.4 de la LCQ le impondrá al juez la indubitable resolución sobre si existe abuso de derecho o fraude a la ley, y ello no puede limitarse al análisis de la ley concursal, sino de todo el sistema jurídico y, particularmente, conforme al artículo 150 del CCC. a la ley societaria específica. Por eso el Síndico en el informe general del art. 39 LCQ, no debe limitarse a indicar si el capital original ha sido suscripto, sino si existe una infrapatrimonialización y los socios han eludido las opciones imperativas del art. 96 LGS.

Si la judicatura se encuentra en un concurso en un dilema entre homologar una propuesta aceptada con quitas, en indudable fraude a la ley societaria, siempre tendrá la posibilidad de abrir a una segunda oportunidad en interpretación amplia del artículo 48 de la LC o imponer a través de la llamada “tercera vía”⁴⁷ la solución del artículo 96 de la LGS.

Véase como anticipo de estas teorías las resoluciones dictadas en el caso “Díaz Querini” y “KLP Emprendimientos SA”, en donde los Tribunales negaron la verificación como quirografarios de indubitados préstamos de los socios a la sociedad, reprochándoles no haber capitalizado a la misma y reconociéndolos como subordinados -como si hubiera sido un aporte de capital- y negándoles el derecho de aceptar la propuesta. ^{En} “KLP Emprendimientos Sociedad Anónima p/megaconcurso” - 3er. Juzg. de Procesos Concursales Primera Circunscripción Judicial Poder Judicial Mendoza - 22/4/2016, el juez Pablo González Masanes apuntó: “...ANÁLISIS DE LOS CRÉDITOS INSINUADOS...Las constancias de autos demuestran - y la incorporación de este importante crédito en el pasivo concursal, implica reconocer - que la asistencia económica de este acreedor ha sido determinante para el mantenimiento de la actividad de la concursada en orden al cumplimiento de su objeto social. En sentido similar ha concluido Sindicatura y resulta

⁴⁶ **Eventualmente sin intereses o con un ajuste de intereses.**

⁴⁷ **Richard, Efraín H. en Nissen, Ricardo A.: “La llamada tercera vía en concurso de sociedades: ¿salvavidas o cobertura de abuso de derecho?” - - Ed. Legis - Revista de las Sociedades y Concursos - 2014 - año 15 - pág. 3-**

también de las manifestaciones de los órganos de la concursada, conforme ha sido transcrito anteriormente. Si el auxilio económico de un accionista es constante durante varios ejercicios y de tal relevancia que sin él no hubiese resultado posible el sostenimiento de la sociedad o la realización del objeto social (en los términos de los arts. 163 inc. i CCC. y 94 inc. 5 LGS, respectivamente), resulta evidente que bajo el ropaje de operaciones de mutuo se encuentra funcionando lo que debió operar como aportes de capital. En otras palabras, si la sociedad se encontraba infracapitalizada y quería evitar encontrarse en situación de disolución por pérdida del capital social, lo que necesitaba no era la asistencia económica de un socio, sino el aporte de capital suficiente para la consecución de su propósito empresarial (art. 96 LGS). Aun cuando se asumiera una perspectiva de menor rigor, que entiende que el capital social funciona de modo intra societario en la determinación de los derechos patrimoniales y políticos de los socios y que su incidencia es irrelevante respecto de los terceros; en el caso no es posible sino arribar a la misma conclusión. En efecto, desde la postura comentada se señala que la función de garantía directa respecto de terceros se encuentra reservada al patrimonio neto, con lo cual la situación de infracapitalización o - como sostiene esta visión - infrapatrimonialización, consiste en la deficiencia del patrimonio para cumplir el objeto social (Dasso Ariel A., Disolución y quiebra de la sociedad: infracapitalización, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal - VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 164). Como fue expuesto, si el auxilio financiero de un socio resultó determinante para la continuación del giro de la empresa, es simplemente porque la sociedad carecía de los recursos propios y necesarios para sostenerse; o, en otros términos, porque su patrimonio era insuficiente para cumplir con el objeto social. Nada impide que la sociedad recurra al crédito, pero cuando la vital y continua asistencia financiera es prestada por un socio...forzoso es desembocar en dos conclusiones: a) la operación de crédito se hizo eludiendo o remplazando la norma que impone adecuar el patrimonio en cuanto prenda común de los acreedores al objeto social (arts. 12, 154, 163 inc. i y cc. CCyCo.; arts. 94 inc. 5 y 96 LGS) y b) ese accionista-creedor ha intentado equipararse a los demás acreedores respecto a su posición frente a la prenda común....Es que más que ante una relación acreedor-deudor, nos encontramos frente a una relación sociedad-accionista. Esta relación intrasocietaria solo puede ser liquidada una vez satisfecho el pasivo social; de otro modo el déficit societario sería absorbido por los acreedores, con el consecuente enriquecimiento del patrimonio social y por ende de los accionistas - particularmente los de control -. (conf. Richard Efraín Hugo, Preconcursalidad societaria: ¿existe?, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal - VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, Crisis y Derecho, Tomo I, p. 152)....” –

Apunta a esos efectos el fallo recaído en la causa "Diaz y Quirini SA s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión (promovido por Quirini Augusto)" - CNCOM - SALA C - 31/05/2012 , de donde extractamos: “Pues bien: cualquiera que sea el alcance que se otorgue -y aun cuando se la niegue- a la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad que integran de un capital suficiente para cumplir su objeto, parece claro que el socio que, sabiendo que el ente se halla insolvente, se aviene a prestarle dinero en vez de

arbitrar los mecanismos para capitalizarlo, no puede quedar en el concurso de la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás acreedores.- Cuando se verifica -como debe entenderse ocurrido en el caso a la luz del mismo reconocimiento del interesado- un supuesto de infracapitalización formal de la sociedad del que se desprende que, pese a haber perdido su capital de riesgo, la sociedad siguió operando en plaza gracias a los fondos entregados, no a título de aporte, sino en calidad de préstamo por los socios, estos no pueden aspirar en dicho concurso a disputar derechos a los referidos acreedores.- Es decir: si la sociedad ha perdido su capital de riesgo debe ser disuelta (art. 94 inc. 5 LS) o capitalizada (art. 206, misma ley). Con esta aclaración, que no es sino una reiteración: si, sabiendo que el ente se encuentra en tales condiciones, el socio decide prestarle en lugar de aportar a título de capital, tal decisión no podrá, sobrevenido el concurso, servir de mecanismo para frustrar la función de garantía que a la noción de capital resulta inherente.- Lo contrario importaría tanto como admitir la posibilidad de trasladar el riesgo comercial propio a terceros, lo cual es inadmisibles y justifica que los créditos así nacidos, solo puedan ser admitidos con el carácter de subordinados.-...”Firman E. R. Machin, Juan R. Garibotto, Julia Villanueva

16*. MEDITANDO.

Los riesgos de la actividad societaria no pueden ser transferidos por los socios a terceros. Tampoco se puede dañar a sabiendas a los acreedores.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis -la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión.⁴⁸

No hay duda de que la pérdida del capital social, cuando se formaliza o debió formalizar el balance con tal revelación, aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios. Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento, desaparece todo problema aunque hubiere alguna demora, pues ningún daño se generó manteniéndose la garantía de los acreedores.

Correlativamente: ¿quién debe darle solución? Sin duda, los socios con la opción imperativa prevista en el artículo 96 de la LGS, incluso con la colaboración privada o concursal de los acreedores “capitalizando el pasivo” (arts. 96 y 197, LGS), también previsto en el artículo 43, párrafo 2, LC: “capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada...”.

⁴⁸ **Miola, Massimo: “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capital” -Rivista delle Società - 2005 - 50-1199 - fasc. 6 - pág. 1310.**

Exprofeso, no ingresamos a un tema que hemos tratado y genera polémicas, que responde a la aplicación de las previsiones de los artículos 1710 y ss. del CCC, enrolándose en la política educacional que deberíamos practicar junto a los asesores económico-contables de prevenir que socios y administradores asuman responsabilidad.⁴⁹

Formulamos algunas meditaciones finales, porque se compromete más análisis. Uno de dogmática pedagógica de revisar cómo se enseña el derecho de sociedades y el derecho concursal en nuestras facultades. ¿Hay un intento de generar un estudio de congruencia ante la crisis de sociedades, particularmente ante el principio general de derecho de no generar daño? Y obviamente un tema más para el derecho de la responsabilidad, conviniendo que no debería imponerse responsabilidad como sanción, sino dentro de la teoría general de la responsabilidad, con base subjetiva de culpa o dolo, por acción u omisión causante de daño, con relación de causalidad, derivado de una conducta antijurídica, o por incumplimiento de obligaciones fijadas por la ley –art. 99 LGS–.

Todo un nuevo panorama para integrar normas y afrontar conductas, y sobre todo para alentar la seguridad de las inversiones en nuestro país, cumpliendo la labor de consejeros técnicos, junto a los profesionales de ciencias económicas, para que socios y administradores no asuman responsabilidad.

Indudablemente quedan muchísimas cuestiones entrelíneas, algunas de las cuales hemos esbozado, pero el tema central ha sido enfrentado, cuando no desbordado.

^l La enseñanza del derecho mercantil es frustrante, particularmente en las materias introductorias a la disciplina, ignorándose la realidad, tanto por su contenido como por la modalidad con que se imparte en la mayoría de los casos. Vemos ahora las estafas piramidales, donde los estafadores no podrán ser localizados por la falta de trazabilidad y serán imputados unos imprudentes ciudadanos comunes.

La justicia lenta, tanto en ejecuciones individuales como en concursos y quiebras, frustran la seguridad jurídica y las inversiones que pretendemos, y los contratos autónomos amparan a los contratantes con posición dominante y asfixian a la pequeña y mediana empresa. El proceso es demasiado rígido, lento y burocrático –se genera la montaña de papeles y los costos improductivos tanto para el Estado como para los particulares–, por lo cual se produce una separación y ruptura entre lo que sucede en la vida práctica y real y lo que ofrece el orden jurídico. Con el resultado cotradictorio de que la aplicación del Derecho en la esfera mercantil se abandona, en buena parte, a la buena voluntad y a la honradez de los sujetos, porque el comerciante prefiere, en general, anular

⁴⁹ **Rodríguez Rivas, Rodolfo F. en Antoni Piossek, Carlos R. y Carlino, Bernardo P. (Dirs.): “Función preventiva de la responsabilidad frente al estado de insolvencia de la sociedad comercial, según los lineamientos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” en AAVV: “El derecho comercial a 200 años de la declaración de la independencia” - Ed. Universidad Nacional de Tucumán - mayo/2016 - pág. 393.**

un negocio antes que iniciar un proceso de cumplimiento. Dejados de lado los usos y costumbres de los comerciantes y la justicia inmediata, han desaparecido.

El método de cambio usado en la construcción del sistema jurídico tradicional y en las ecuaciones economicistas, que es muy útil, nos distrae en la atención globalizadora del comportamiento humano con una "economía de mercado" mientras los "operadores" del mercado satisfacen sus proyecciones ocupando una franja superior, ordenadora y aseguradora de sus intereses, incluso fuera del mercado. "La competencia y la competitividad no agitan a las empresas y los mercados en la medida que se dice y sobre todo como se dice. Las redes mundiales, transnacionales, están demasiado entrelazadas, enredadas, vinculadas entre sí para que ello suceda. Se trata más bien de pretextos para disimular un interés común a toda la economía privada, interés que radica precisamente en estas ventajas privilegios, exigencias, permisibilidades a las cuales ella dice estar sometida debido a rivalidades temibles, amenazantes. Se trata de un conjunto de alianzas dentro de un mismo programa, una voluntad común, magistralmente administrada" ⁵⁰.

Las nuevas relaciones se construyen a través de una "unidad compleja de interés", donde se suman una serie de relaciones que no existen la una sin la otra ⁵¹.

¿Y el futuro del derecho mercantil para colaborar al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema? En primer lugar una adecuada regulación de las relaciones de organización, promoviendo los negocios. Esto no puede ser disponible ni para las sociedades extranjeras ⁵².

La tendencia en la construcción de un nuevo derecho mercantil, debería basarse en volver a lo que justificó su nacimiento. La cuestión debería sostenerse a lo que ha dado en llamarse la "Economía del Derecho", dictando menos leyes pero más efectivas, por lo menos en el campo de las relaciones de organización, bajo el principio de "libertad bajo responsabilidad" ante el uso abusivo de las técnicas de imputación (personificadas o patrimonializadas).

Deberíamos pensar en generar un derecho concursal que anticipe las crisis, incentivando la presentación temporánea o la adopción de las medidas previstas en la legislación societaria a sus administradores, facilitando la promoción de acciones de responsabilidad contra los mismos. Debe sostenerse la responsabilidad de administradores societarios y grupo de control, cuando continúan el giro y toman crédito sin planificar su reembolso, incluso con la mera presentación en concurso frente a los acreedores posteriores a aquellas circunstancias.

⁵⁰ **FORRESTER, Viviane El horror económico, Ed. Fondo de Cultura Económico, Buenos Aires 1997, correspondiendo la 1a. edición en francés al año 1996, pág. 136.**

⁵¹ **LIPARI, Nicolo citado por GHERSI, Carlos A. en Contratos civiles y comerciales tomo 2, Ed. Astrea, Bs.As. 1994, pág. 35.**

⁵² **Pues constituye el orden público interno, lo que ahora es desconocido en los negocios en participación o personificando relaciones negociables en común.**

Por el economicismo y ruptura ética la globalización ha creado un sistema de inseguridad y de sectorización social, y no se advierten proyectos legislativos que palien la cuestión y la enfrenten estructuralmente, aunque técnicamente aparezcan como "productos" o técnicas de avanzada. Proyectos o leyes como el de factura de crédito se frustraron por la actitud de los contratantes dominantes, y las leyes de lealtad comercial, antimonopolio, defensa del consumidor no parecen desalentar las conductas desorbitadas, a las que no afectan las acciones individuales.

El tema toma otras características en caso de acuerdo predatorio homologado- No quiera sostenerse que la responsabilidades generadas se han extinguido por la homologación por haberse eliminado la antijuridicidad; este tema ha sido bien tratado, compartiendo una tesis esbozada pues no parece que el efecto novatorio que genera la homologación de un acuerdo concursal alcance a la responsabilidad de administradores y/o socios, por ejemplo de la derivada del art. 99 LGS concordando genéricamente con Boretto⁵³. Es que es un tema apasionante la responsabilidad por el daño sufrido por quitas en concurso de sociedades –que trasladamos a cualquier pérdida que debiendo asumir los socios se intente trasladar a los acreedores-, específicamente en orden a que los que accionan son acreedores que no votaron favorablemente la propuesta. Dos aspectos se contraponen: el acreedor podría sostener que votó la propuesta para salvar el emprendimiento, siendo un proveedor, pero que el perjuicio a la sociedad lo generó el administrador o el socio controlante, por ejemplo con un *leverage buy out*. En el medio las circunstancias del caso, la buena fe negocial, la actitud de la misma sociedad con relación a los causantes del daño, aunque no accionen contra ellos, las manifestaciones del acreedor vinculadas al voto, particularmente antes de dar su aceptación. Sin duda un espacio abierto a la Justicia.

Por otra parte el fallo de la Suprema Corte de Justicia en el caso "Provincia de Chubut c/ Yacimientos Carboníferos Patagónicos"⁵⁴. Allí expresa con tal comprensión que los socios de la demandada para justificar un "*leverage buy out*" en su exclusivo beneficio."Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (fallo cit.

⁵³ **BORETTO, Mauricio "Responsabilidad por presentación tardía en concurso" en obra colectiva citada tomo III p. 2087.**

⁵⁴ **Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 07/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: LA LEY 2002-E, 863. - Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira, 597 Cita Online: AR/JUR/25/2001.**

considerando II, págs. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°. Tal argumentación aleja la posibilidad de que una antijuridicidad se vuelva lícita sin la existencia de una expresa norma absolutoria. Y se conforma al principio de legalidad y diálogo de fuentes al que hemos sido convocados.

Toda responsabilidad, sea contractual o extracontractual, pública o privada, civil, administrativa o penal, se caracteriza por que tiene como fundamento el hecho de que el responsable incumple algún tipo de mandato, obligación o deber que jurídicamente le ha sido impuesto por las reglas del derecho. Es que principios básicos de derecho se basan en la buena fe, evitar el daño⁵⁵, o la continuidad de las acciones dañosas, en no abusar del derecho ni cometer fraude a la ley.

Actualmente nos encontramos en el estado de la sorpresa, de cierta decadencia... Ya no se buscan tantos pretextos ni excusas: se da por consolidado el sistema. Basado en el dogma de la ganancia, que está más allá de las leyes y las desregula a voluntad... Es sólo el comienzo. Hay que estar muy atentos a esta clase de comienzos: al principio no parecen criminales, ni siquiera peligrosos. Se desarrollan con el acuerdo de personas encantadoras, de buenos modales y sentimientos que no matarían a una mosca⁵⁶ y por otra parte ... consideran lamentables, pero ¡ay!, inevitables, ciertas situaciones, y no saben aún que es en ese momento, en ese preciso momento, cuando se escribe la Historia, esa que no advirtieron cuando se estaba tramando, cuando sucedían las primicias de esos sucesos que más adelante considerarán "inenarrables"⁵⁷. La pérdida de la seguridad urbana es parte de esa historia, así también el uso de emisión monetaria para satisfacer necesidades reales y políticas de saqueo..

⁵⁵ **CASEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Edición Actualizada. Ed. Librería Editora Platense, Buenos Aires 1992, tomo II pág. 395 y ss.**

⁵⁶ **Es el momento de recordar el discurso que pronunció Paul Valéry en la Academia Francesa acerca de la virtud: "Virtud, señores, la palabra virtud ha muerto, o por lo menos está a punto de extinguirse. A los espíritus de hoy no se muestra como la expresión de una realidad imaginable de nuestro presente.... Yo mismo he de confesarlo no la he escuchado jamás y, es más, sólo la he oído mencionar en las conversaciones de la sociedad como algo curioso o con ironía. Podría significar esto que frecuento una sociedad mala sin no añadiese que tampoco recuerdo haberla encontrado en los libros más leídos y apreciados de nuestros días; finalmente, me temo no exista periódico alguno que la imprima o se atreva a imprimirla con otro sentido que no sea el del ridículo. Se ha llegado a tal extremo, que las palabras "virtud" y "virtuoso" sólo pueden encontrarse en el catecismo, en la farsa, en la Academia y en la opereta".**

⁵⁷ **Hemos seguido textualmente a FORRESTER, Viviane "El horror económico", edición Fondo de Cultura Económica 1997, correspondiendo a la 1ª. Edición en francés al año 1996, pág. 154.**

En punto a volver al viejo corazón del derecho comercial, se trata de volver a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio "adjetivo", tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la amistad, etc.- y tienen su origen directo en las COSTUMBRES y en el hábito o tendencia⁵⁸. Claro que alejándonos de las actuales costumbres contra legem en los concursos de sociedades, donde casos como el concurso de Vicentin S.A. es una muestra variada de esa línea, pese a los particulares esfuerzos de un juez de provincia, de nuestro interior profundo.

El término ética deriva del griego, y un viejo diccionario enciclopédico la vincula a los "hábitos y costumbres para la práctica del bien", y es a lo que debemos volver..., particularmente de nuestras instituciones. He tratado de no salpicar al introducirme en el barro...

Córdoba, 24 de octubre de 2024.

⁵⁸ Cfme. FERRATER MORA, José "Diccionario de Filosofía", tomo II p. 1057.

Los usos o prácticas fijados en la Convención de Viena de Mercaderías ley 22.765 y también en el Uniform Commercial Code, en cuanto los usos sean razonables., e igualmente la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales, que acepta la aplicación de los usos y costumbres con la finalidad de realizar las exigencias de la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.