

La interpretación del subsistema societario a la luz del Código Civil y Comercial: Prelación de normas imperativas

Efraín Hugo Richard

Aparece ahora más claro frente al género personas jurídicas privadas, dentro de las cuales la sociedad es una especie, que no pueden ser dejadas de lado las normas imperativas de la ley general de sociedades (LGS) en ningún supuesto, conforme determina el art. 150 inc. a del Código Civil y Comercial (CCC): “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;...”.

I – Nunca pensamos de otra forma

La constitución o funcionalidad de una sociedad no podía dejar de lado las normas imperativas que las regulaban.

Pero cualquier duda ha sido ahora despejada con la estructuración del régimen general de personas jurídicas privadas formalizado en el Código Civil y Comercial.

Y el mismo fija, en el texto referido del art. 150 CCC, la inderogabilidad de ciertas normas de las leyes especiales que regulan cada persona jurídica privada, en su caso, y en lo que atañe a este Congreso impone referirse a las normas imperativas sobre sociedades, en su ley específica: la Ley General de Sociedades.

II. Normas imperativas sobre sociedades

La autonomía de la voluntad para la elección del medio organizativo esta acotado por la existencia de normas imperativas para las personas jurídicas privadas:

Un punto central del sistema de las relaciones de organización es el límite de la autonomía de la voluntad y, particularmente respecto al sistema societario, las normas imperativas que resguardan el debido uso de la técnica de organización personificada, particularmente en resguardo de terceros.¹

En tal sentido, siguiendo un criterio anterior de la Corte Suprema de Justicia, localizamos aquellas previsiones que impiden que las sociedades asuman las obligaciones de los socios, conforme determinó esa Corte, refiriéndose a la práctica consumada en las privatizaciones de los 90, consagrando ilícitas prácticas de apalancamiento financiero (“leverage buy out”), refiriéndose al caso de las Centrales Térmicas Patagónicas².

Por otro lado, son parte de la construcción de la autonomía de la voluntad la determinación del capital operativo, pero son normas imperativas las que determinan el capital mínimo y resguardan la llamada “función de garantía del capital estatutario”, como forma de asegurar la prenda común de los acreedores sobre el patrimonio social, constituyendo causal de disolución su pérdida e imponiendo la disolución salvo capitalización, para resguardar el interés de esos terceros acreedores y de la propia subsistencia de la sociedad.

1. Son normas imperativas las que prohíben ciertas cláusulas –art. 13 LGS- o aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación in bonis, o sea con activo suficiente para satisfacer el pasivo –que es la función de garantía del capital social³.

La base del reconocimiento de la persona jurídica privada es el patrimonio separado para el cumplimiento de su finalidad, apuntalado por el art. 154 CCC, y a la determinación del capital social en LGS.

Pocas normas acotan la autonomía de la voluntad existiendo normas uniformes en derecho comparado⁴ para paliar la generación de daños, conforme a

1 VEIGA, Juan Carlos – RICHARD, Efraín Hugo, “El contraderecho: las normas imperativas del derecho societario” en *Pensar en Derecho*, N° 5 Año 3, p. 257, Buenos Aires, Febrero 2015, Eudeba, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

2 Fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación(CS) con fecha: 7/12/2001, caratulado Provincia del Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. Publicado en: La Ley 2002-E, 863.

3 Nto. “La función de garantía del capital social frente a la agenda concursal –estudio comparativo-“ en *Libro homenaje al profesor Emilio Beltrán*, edición del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, Cartagena de Indias, Colombia, octubre 2014, p. 279.

4 Nto. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, en *Revista de Derecho concursal y Paraconcursal*, La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, ps. 423 a 446.

la llamada “función de garantía del capital social” –poco tratada- que impone conductas, particularmente a administradores pero también a socios, cuando se constata –a través del balance anual de gestión social presentado por el órgano de administración al de gobierno- la existencia de patrimonio negativo-, que constituye una causal de disolución de la sociedad cuando la pérdida del capital alcanza un porcentaje relevante cuando no su totalidad, que es lo que debe alcanzar en la República Argentina para configurar esa causal disolutoria.

Pablo Augusto Van Thienen, máximo defensor de la autonomía de la voluntad en materia societaria expresa “La ley 19.550 posee normas de tipo imperativas y normas de tipo dispositivas. Dentro de las primeras coexisten las normas que tutelan intereses patrimoniales y aquellas que protegen un llamado: orden público. A éstas últimas podemos catalogarlas como: normas imperativas (de orden público). - Atento el interés jurídico tutelado, las normas de orden público no pueden ser derogadas por contrato. Hasta aquí llega la autonomía de las partes. - Siendo esto así, la cuestión de fondo es saber qué normas de la ley de sociedades son imperativas y cuáles de orden público. Esta distinción es vital para comprender el marco contractual (art. 21 del C. Civil). Detectado el orden público parece que la idea de derechos inderogables se hace añicos. – II - Orden público societario... ¿estás ahí? Todavía, no lo hemos encontrado”.

En realidad este autor sostiene que no hay derechos patrimoniales individuales inderogables por razón de orden público si todos están de acuerdo en dejarlos de lado. Lo que es obvio. Pero veremos que se acepta la existencia de un orden público societario, con normas inderogables.

Sigue Van Thienen y sus colaboradores: “Para Martínez Ruiz el orden público involucra el conjunto de principios superiores inherentes a la organización del Estado y la familia, rectores del orden moral y buenas costumbres, que la voluntad individual debe respetar con prohibición de convenir cuanto pueda transgredirlo.... La posición mayoritaria representada por los profesores Raymundo Salvat y Joaquín Llambías restringen, y a la vez elevan, la noción de orden público criticando severamente la posición de Borda. Para estos autores la crítica a la doctrina amplia pasa por que Borda considera normas de orden público a todas aquellas leyes que son de interés público, interés general o bien común. De acuerdo con Salvat y Llambías semejante concepción del orden público implica que toda norma jurídica calificaría de orden público puesto que el legislador siempre está inspirado en una finalidad de bien común y de interés general. ...Es por ello que tanto Salvat como Llambías jerarquizan la noción de orden público expresando que es el conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral, y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la exis-

tencia y conservación de la organización social. Ergo, califican como normas de orden público las que establezcan la vigencia de aquellos principios. Esta visión restringida es seguida por Budano Roig, Capitant y Laurent; entre otros civilistas. ...La noción de orden público está íntimamente ligada a dos institutos: (i) la imperatividad de las normas y (ii) la irrenunciabilidad de los derechos. Ahora bien, es preciso hacer una aclaración previa: mientras las normas de orden público son, necesariamente imperativas, las normas imperativas no son, necesariamente, de orden público. Partiendo del orden público concebido tanto por Borda como por Llambías parece que en el ámbito societario muy pocas son las normas que tienen esa llaga y muy pocos los derechos del socio considerados inderogables. Cualquiera sea la escuela donde usted se enrola no hay duda que el artículo 18 de la ley 19.550 es una clara disposición imperativa de orden público tendiente a proteger un interés general, reafirmando la moral media de nuestra comunidad: prohibir la formación de sociedades con objeto ilícito. En igual sentido podríamos coincidir en que el artículo 17 de la ley 19.550 es una norma imperativa de orden público pues castiga con nulidad a las sociedades atípicas. Está claro que el interés tutelado con este dispositivo es evitar la constitución de sujetos de derecho no reconocidos por el sistema de Derecho. Lo mismo podríamos decir del artículo 20 de la LSC18. 17 Ídem para las sociedades con objeto lícito pero con actividad ilícita. El interés general tutelado lleva a la nulidad absoluta de la sociedad pudiendo ser liquidada a pedido de parte o de oficio. Se aplican a estos casos el artículo 1047 del Código Civil. Puede consultarse Otaegui, Julio. Invalidez de actos societarios. Ed., Ábaco de Rodolfo de Palma. Bs. As., 1978. ...Dentro de las normas imperativas (de orden público) se encuentran las referidas a la tipicidad societaria y las que hacen a la organización de la persona jurídica. Dentro de esta categoría de normas podríamos afirmar que todos aquellos elementos configuradores del tipo quedan fuera de la autonomía contractual no pudiendo ser derogadas. Ejemplo lo encontramos en algunos institutos societarios: 1) el capital social, 2) la representación del capital en acciones o cuotas, 3) la asamblea como órgano de gobierno, 4) el directorio como órgano de administración, 5) el régimen de limitación de responsabilidad; 6) la liquidación de la sociedad por pérdida total del patrimonio; 7) el régimen de reorganización societaria vía fusión, escisión o transformación; 8) el régimen de disolución y liquidación; entre otros dispositivos. Nadie puede negar que el capital social constituye un elemento esencial del tipo pues hace al patrimonio neto mínimo de retención que el sistema jurídico exige como atributo de la personalidad y del régimen de limitación de responsabilidad. Lo mismo ocurre con las acciones o cuotas que representan dicho capital y con los órganos societarios necesarios para el funcionamiento del ente. Nadie podría válidamente constituir una sociedad sin capital social; o con capital pero sin acciones; o con capital y acciones

pero sin asamblea o sin directorio. Ninguno de estos elementos tipificantes pueden ser derogados por autonomía contractual. Ellos son de orden público. No importa la escuela donde nos enrolemos (Borda o Llambías) el intento por derogarlos dará lugar a la nulidad absoluta. Nos animamos a decir que este tipo de normas son imperativas (de orden público) y que su violación da lugar a una nulidad”.

Adviértase que esta línea de doctrina sostiene que todo lo referido a las causales de disolución, y a la liquidación, y particularmente la falta de capital social, determinando una insuficiencia patrimonial, son normas imperativas, de orden público, irrenunciables e inderogables, indisponibles. Coincidimos con Olivera García que el orden público societario consiste en una máxima de inderogabilidad que sustrae de la autonomía de la voluntad ciertas cuestiones⁵. Otro uruguayo, Alejandro Miller enfatiza catalogando ciertas normas societarias –como las de responsabilidad- de “preceptivas, consideradas de orden público y por ende inmodificables. No hay previsiones legales que admitan la inclusión en el estatuto de modificaciones por lo que ello no sería posible, la terminología legal es imperativa y ello es indicativo de la existencia de normas de orden público⁶.

Pese a que la doctrina nacional, de manera reiterada ha tratado sobre la crisis del concepto del capital social⁷, se acepta que el capital social cumple tres funciones: a) de productividad; b) de garantía; c) de determinación de derechos de socios. La más trabajada es la función de productividad, que hace a la funcionalidad de la sociedad, a la posibilidad de cumplir el objeto social. Se ensaya en torno a la “infracapitalización o infrapatrimonialización material o sustancial”. Esta es una suerte de zona gris⁸, algo imprecisa, que contrasta con la verdadera función de garantía del capital social que es su pér-

⁵ OLIVERA GARCÍA, Ricardo, *Estudios de derecho societario*, Rubinzal–Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, ps. 92/93.

⁶ MILLER ARTOLA, Alejandro, *Ley de sociedades. Análisis exegetico*, t. II, p. 203, FCU, Montevideo, 1993.

⁷ Entre otros: LE PERA, Sergio, “Sobre la futilidad de la noción de capital social”, t. 1986-b, p. 972; ARAYA, Miguel C., “El Capital Social” DPyC – Sociedades, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2003, p. 213; ARAYA, Miguel C., “Capital y patrimonio”, JA-1996, t. IV., p. 676; NISSEN, Ricardo en prólogo a Ramírez Bosco; BOLLINI SHAW, Carlos (h): “Capital y patrimonio en las sociedades anónimas. El principio de la intangibilidad del capital social”, ED-1976, t. 65, p. 813; VÍTOLO, Daniel R. Director, Ad-Hoc. Bs. As. 2004, p. 333; RICHARD, Efraín Hugo, “Sobre el Capital Social”, en “Jornadas Nacionales de Derecho Societario en Homenaje al Profesor Enrique M. Butty, Buenos Aires, 2007, p. 107.

⁸ Nto. *Panorama del Derecho de la Insolvencia*”, Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, Advocatus, Córdoba, 2010.

didada total –en nuestro país-, que representa sustancialmente la existencia de patrimonio neutro o negativo, que constituye una línea roja que puede generar responsabilidad si hay daño.

La Corte⁹ con tal comprensión sobre las normas imperativas, sostuvo que los socios de la demandada para justificar un “leverage buy out” en su exclusivo beneficio “no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés y orden públicos y las buenas costumbres (art. 21 cit.), o bien que fueran prohibidos por las leyes (art. 953 cit.). “Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original” (fallo cit. considerando II, ps. 278, último párrafo y 279), criterio éste que reiteró en Fallos: 314:1048, considerando 6°.

2. Las normas imperativas del derecho societario tienden particularmente a asegurar la solvencia del patrimonio social, su existencia conforme el art. 154 CCC- y consecuentemente a evitar daños a terceros por incumplimiento de sus obligaciones. Las normas de la ley general de sociedades sobre la función de garantía del capital social son imperativas congruente con la idea que la sociedad debe ser viable –nuevo art. 100 LGS- y no puede convertirse en un instrumento para dañar a terceros y al mercado en general¹⁰. Las normas específicas determinan: “*Art. 94 LSA. Disolución: causas. La sociedad se disuelve: ... 5) Por pérdida del capital social... Art. 96. Pérdida del capital. En el caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerdan su reintegro total o parcial del mismo o su aumento. Art. 99. Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deberán adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Responsabilidad.*

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) con fecha: 7/12/01, 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.

¹⁰ Nto. “Normas Imperativas del Derecho Societario para prevenir daños”, en *Los aspectos empresariales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Fidas, Buenos Aires, 2015, p. 79.

Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto de los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”.

III – Atento a que la función de garantía del capital social, como equilibrio patrimonial, es de orden público y las normas que lo tutelan en resguardo de terceros y del mercado son imperativas, esa norma de remoción de la causal de disolución por pérdida del capital social, contenida en el art. 96 LGS, para no liquidar ni asumir responsabilidad: ¿puede ser desoida?

¿Podrían los constituyentes pactar en el estatuto que si la persona jurídica societaria pierde el capital social esa causal de disolución deberá ser afrontada por terceros? ¿Se aceptaría por los órganos de control (administrativos o judiciales) inscribir 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 pérdida del capital social –sin ninguna observación contable- decidir que continuarían el giro sin reintegrar ni capitalizar por si, por terceros y acreedores, sin riesgo de responsabilidad alguno. Preguntas cuyas respuestas permitirán seguir meditando.

Este análisis inicial es fundamental para atender la funcionalidad de la sociedad, permitiendo una interpretación sistémica conforme el art. 2 CCC, fijando la preminencia de las normas imperativas de la ley societaria frente a otras, para así permitir una apreciación congruente en puntos de aparente contradicción o de aplicación de otras normas con que se pretenda sustituir las previsiones inderogables de la ley societaria.