

COMISIÓN I - SOCIEDADES

TEMA: PRINCIPIOS Y PRESUPUESTOS DEL DERECHO SOCIETARIO DEL SIGLO XXI

Nota: las ponencias son de autoría exclusiva de sus autores y fueron compiladas siguiendo estrictamente los textos remitidos.



ÍNDICE GENERAL

Subtema 1: La sociedad y el socio	7
<i>EFFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES</i> AGUINAGA BARO, Luis Felipe.....	8
<i>ABSTENCIÓN VOLUNTARIA DE VOTO EN LAS ASAMBLEAS</i> – ARECHA, Martín.....	20
<i>PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DE FUNCIONES DE LOS REGISTROS PÚBLICOS</i> – BALBÍN, Sebastián ...	25
<i>IMPACTO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES EN EL SECTOR AGROPECUARIO. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO ECONÓMICO ARGENTINO, LA NECESIDAD DE SU TRATAMIENTO Y LA INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO COMERCIAL VINCULADO AL AGRO</i> – BASUALDO, María Eugenia, FERNANDEZ DE ANREANI, Patricia y POLETTI, Laura	27
<i>RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS POR INFRAPATRIMONIALIZACION</i> – BOQUIN, Gabriela Fernanda y RICHARD, Efraín Hugo	36
<i>LA REORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA UNPERSONAL EN EL MARCO DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA LEY DE IMPUESTO A LAS GANANCIAS ¿ES NECESARIO EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE TRANSFERENCIA DE FONDOS DE COMERCIO?</i> – BURGHINI, Leopoldo Octavio y POLETTI, Laura	46
<i>LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS FRENTE A LA I.A.</i> – CALCATERRA, Gabriela.....	53
<i>LA ABSURDA OBLIGATORIEDAD DE DESIGNAR UN DIRECTOR SUPLENTE CUANDO SE PRESCINDE DE LA SINDICATURA</i> – COMESAÑA, Giselle Soledad	58
<i>MARCO PARA EL DEBATE SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ACTUAL SISTEMA SOCIETARIO ARGENTINO. PROPUESTAS DE MODIFICACION A LAS SAS</i> – CULTRARO, Alejandro Roque	62
<i>EL RETIRO DEL SOCIO EN LA SAS</i> – DASSO, Ariel Angel.....	72
<i>LA CAPITALIZACIÓN DE DEUDAS</i> – DASSO, Ariel Ángel.....	80
<i>LA DISOLUCION POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL O POR EL AGOTAMIENTO DE LOS BIENES DESTINADOS A SOSTENER LA SOCIEDAD. LA NECESARIA HOMOGEINIZACION DE DOS CONCEPTOS SUSTANCIALMENTE DISTINTOS</i> – DASSO, Ariel Ángel.....	88
<i>SUCESIÓN EMPRESARIA</i> – DAVID, Marcelo A.	97
<i>SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA</i> – FERNANDEZ ANDREANI, Patricia y PALACIO, Lino A.....	103
<i>ACERCA DE LA PERSONA JURÍDICA Y SU CONCURSO PREVENTIVO. LA NO DIFERENCIACION CON SUS SOCIOS Y ADMINISTRADORES POR LA JUSTICIA PENAL</i> – HADAD, Lisandro	109

<i>ALGUNAS APOSTILLAS EN RELACIÓN A LAS SOCIEDADES DE LA SECCION IV: LIBERTAD DE CONTENIDO – UNIPERSONALIDAD – REGISTROS CONTABLES – JUÁREZ, María Laura</i>	<i>121</i>
<i>INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL REQUISITO PRETORIANO DE LA INSOLVENCIA – LÓPEZ RAFFO, Francisco M.</i>	<i>128</i>
<i>VIABILIDAD, ART 100 LGS 19550, SOCIEDAD Y EMPRESA, VISIÓN INTERDISCIPLINARIA. INTERESES EN TENSION, ABORDAJE. – MERCADO DE SALA, María Cristina</i>	<i>136</i>
<i>LAS SOCIEDADES QUE OMITEN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN ¿INTEGRAN LA SECCIÓN IVª DE LA LGS? – MIGUEL, Luis Alberto</i>	<i>143</i>
<i>RÉGIMEN DE VALUACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA SAS – PÉREZ HUALDE, Fernando</i>	<i>148</i>
<i>EL COSTO DEL CONFLICTO SOCIETARIO. EL COSTO PARA LA COMPAÑÍA. EL COSTO PARA LOS SOCIOS – PIZZANO, Germán Alberto.....</i>	<i>152</i>
<i>DELINEANDO LOS LÍMITES DEL DEBER DE BUENA FE ENTRE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL – RACCIATTI, Hernán J.....</i>	<i>157</i>
<i>CONSIDERACIONES PARA UNA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES – RACCIATTI, Hernán J.</i>	<i>164</i>
<i>TIPICIDAD, TIPOLOGÍA Y ESTATUTOS MODELOS – RAMÍREZ, Alejandro H.....</i>	<i>171</i>
<i>LA UNIPERSONALIDAD DERIVADA Y EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA – RASPALL, Miguel A.</i>	<i>177</i>
<i>IMPACTOS DE LA INFLACIÓN EN LAS SOCIEDADES. ASPECTOS LEGALES Y CONTABLES – RECIO, Juan Ignacio.....</i>	<i>186</i>
<i>SOBRE LA CAUSA DEL ACTO CONSTITUTIVO SOCIAL, LOS BENEFICIOS Y LOS DIVIDENDOS – REGGIARDO, Roberto Sergio.....</i>	<i>195</i>
<i>LAS NORMAS DE LAS SOCIEDADES EN FORMACIÓN EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA SOCIETARIO ARGENTINO – RICHARD, Soledad y RODRÍGUEZ, Pablo Javier.....</i>	<i>202</i>
<i>ILICITUD DE LAS GRABACIONES Y DE LOS REGISTROS VISUALES SUBREPTICIOS (EN SALVAGUARDA DE LA BUENA FE NEGOCIAL) – ROMANO, Alberto Antonio</i>	<i>208</i>
<i>INDISPONIBILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA (SON POCAS LAS NORMAS DE INDISPONIBILIDAD ABSOLUTA) – ROMANO, Alberto Antonio</i>	<i>212</i>
<i>LOS BALANCES, LA RELACIÓN DE CAMBIO, EL REEMBOLSO Y SU PAGO ANTE EL RECESO – ROMANO, Alberto Antonio.....</i>	<i>222</i>

<i>IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO SOCIETARIO – ROSITTO, Eugenio</i>	228
<i>EL CONTROL DE LA PLURALIDAD SUSTANCIAL DE SOCIOS EN LAS SRL – RUIZ, Ricardo Alberto</i>	238
<i>ESCISIÓN RATIONE PERSONAE – SKIARSKI, Enrique M.</i>	244
<i>PENSAMIENTOS SOBRE LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS COLECTIVO – SOMOZA LÓPEZ, Gustavo</i>	252
<i>TRANSFORMANDO LA PRÁCTICA JURÍDICA: DE ESTUDIO A EMPRESA DE SERVICIOS LEGALES. SER AGENTE DE CAMBIO – SPAGNOLO, Lucía y POLETTI, Laura</i>	256
<i>LAS MATERIAS ARBITRABLES EN EL DERECHO SOCIETARIO – SCHNEIDER, Lorena R. *</i>	266
Subtema 2: La sociedad y los administradores	276
<i>LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD Y SU LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR. FUNCIÓN DEL OBJETO SOCIAL – ACQUARONE, María T.</i>	277
<i>CONFLICTOS ENTRE LOS ADMINISTRADORES, LOS SOCIOS Y LA SOCIEDAD COMO CONSECUENCIA DE LAS CONTRADICCIONES ENTRE NORMAS CONTABLES, JURÍDICAS Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL – BARRAU, María</i>	284
<i>LA CULPA DE LOS DIRECTORES FRENTE A LA SOCIEDAD – BOTTERI, José</i>	290
<i>REPENSANDO EL ART. 58 LGS Y LA IMPUTACIÓN AUTOMÁTICA MARCO DE ACTUACIÓN DILIGENTE DE UN TERCERO – CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar</i>	296
<i>SOLIDARIO HASTA LA MUERTE – COSTE, Diego y BOTTERI, José David</i>	298
<i>SOCIEDADES COMERCIALES Y DERECHOS HUMANOS. AUTOREGLACIÓN, IMPERATIVIDAD Y ALCANCES – EDUARDO M. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía</i>	304
<i>EL CESE DEL ADMINISTRADOR DE HECHO – FILIPPI, Laura</i>	314
<i>ALCANCES DE LA LEGITIMACIÓN RESIDUAL DE LOS ADMINISTRADORES DESPLAZADOS EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL – FILIPPI, Laura</i>	320
<i>REGISTRO PÚBLICO. SIMPLEMENTE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY – HADAD, Lisandro</i>	325
<i>LA COOPTACIÓN EN LA SAS – JURE RAMOS, Solange</i>	328
<i>REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN ZONA DE CRISIS – MARCOS, Fernando Javier</i>	331
<i>PROPUESTA DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN LA GESTIÓN DEL RIESGO EMPRESARIAL – MARENGO, María Victoria</i>	346

<i>CUOTAS DE GÉNERO EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN – NETRI, Federico Guillermo</i>	350
<i>APROXIMACIÓN FUNCIONAL A LA INTERRELACIÓN ENTRE D. SOCIETARIO Y D. CONCURSAL – PALAZZO, Carlota</i>	357
<i>¿LA SAS ES UNA SA? – TROPEANO, Darío</i>	365
<i>¿DIRECTOR CONCURSADO? VADE RETRO – VANNEY, Carlos E.</i>	373
<i>LA DESAPARICIÓN DE LA “CULPA GRAVE” COMO FACTOR AUTÓNOMO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS, POR SU SUBSUNCIÓN EN EL NUEVO CONCEPTO DE “DOLO”, SEGÚN LO DISPUESTO POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN – VÍTOLO, Daniel Roque</i>	376
<i>Subtema 3: La incidencia de las tecnologías en el derecho societario</i>.....	387
<i>REGISTRO NACIONAL DE SOCIEDADES: UNA DEUDA EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN – CAPPAGLI, Santiago y D’ESPÓSITO, Facundo</i>	388
<i>DIGITALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO (SOBRE LA NECESIDAD DE ABOLIR LOS CONTROLES REGISTRALES SUSTANCIALES CONTRARIOS AL NUEVO ESPÍRITU SOCIETARIO DE LA ÉPOCA) – CONY ETCHART, Ricardo</i>	397
<i>LAS “DAOs” DE INVERSIÓN, ENCUADRAMIENTO JURÍDICO Y CONSECUENCIAS – FAVIER DUBOIS, Eduardo M.</i>	400
<i>LA AGENDA DEL DERECHO COMERCIAL SOBRE TECNOLOGÍA – PARTE 2 – FERRO, Carolina</i>	409
<i>LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN. HACIA LA PERSONALIDAD ELECTRÓNICA– NETRI, Federico Guillermo</i>	416
<i>REGISTRACIONES CONTABLES Y SOCIETARIAS POR SISTEMAS NO CONVENCIONALES – ORQUERA, Juan Pablo</i>	422
<i>LA FUNCION ACTUAL DEL IUS MERCATORUM EN UN MERCADO GLOBAL – RICHARD, Efraín Hugo y SALA MERCADO, José</i>	432
<i>CAPITAL SOCIAL, PATRIMONIO. REPENSAR CONCEPTOS ANTE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA – Pablo Javier Rodríguez y Soledad Richard</i>	441
<i>EL CONTROL DEL REGISTRO PÚBLICO ANTE LOS NUEVOS PARADIGMAS – RUIZ, Ricardo Alberto</i>	448
<i>LIBEREMOS AL TIPO SOCIAL QUE LIDERÓ LA TECNOLOGÍA EN EL DERECHO SOCIETARIO Y MODERNICEMOS EL REGISTRO PÚBLICO – SOMOZA LÓPEZ, Gustavo Adrián</i>	458

EVENTUALES SOCIOS Y ADMINISTRADORES “INTELIGENCIAS ARTIFICIALES” (IA) EN LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS. SUBJETIVIZACIÓN, CONSCIENCIA, CONCIENCIA Y AXIOLOGÍA – VÍTOLO, Daniel Roque463

Subtema 1:
La sociedad y el socio

EFFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE LA TRANSFERENCIA DE ACCIONES

AGUINAGA BARO, Luis Felipe

Sumario

La LACE introdujo una novedosa institución a nuestro sistema societario que permite prohibir la transferencia de acciones en las sociedades por acciones simplificadas por un plazo de 10 años. Incluida esta cláusula en el instrumento constitutivo se advierte que la misma es oponible a los socios, la sociedad y a los terceros, dado que su registración goza de publicidad y oponibilidad erga omnes.

Las transferencias realizadas en infracción a la prohibición prevista en el instrumento constitutivo, no solo resultan inoponibles a la sociedad, quien se podría oponer a registrar dichas trasferencias, sino que acarrea la nulidad de las mismas.

Dicha prohibición también produce efectos frente a la constitución de derechos reales sobre las acciones, siendo oponible la previsión estatutaria para quienes pretendan embargar, ejecutar o ejercer el uso y goce sobre las acciones.

En caso de quiebra personal del socio, la cláusula incluida en el instrumento constitutivo cede frente al desapoderamiento falencial.

La prohibición de transferir las acciones no resulta oponible a los herederos, quienes ocuparán el lugar del socio fallecido en la sociedad. Sin embargo, asumirán el carácter de socios con los mismos derechos y obligaciones del causante, manteniéndose la prohibición en cabeza de estos hasta tanto se agote el plazo de la misma.

a) Planteo

Es objeto del presente trabajo analizar los efectos que posee la inclusión de cláusulas que prohíban la transferencia de acciones en la sociedad por acciones simplificada. Se estima conveniente reflexionar sobre el alcance que posee tales clausulas frente a los socios y la sociedad, y sobre todo frente a terceros.

Además, se abordará el estudio del tema planteado desde un aspecto transversal, al analizar los efectos de las cláusulas que prohíben la transmisibilidad de las acciones en las sociedades por acciones simplificadas, cuando estas se encuentren in bonis, o en su defecto, frente a un proceso concursal.

Finalmente, si bien el universo sobre el que se desarrollara el presente trabajo consiste en la transmisión de acciones por acto entre vivos, se reservara un apartado para el supuesto de la transmisión mortis causa de las mismas. Es decir, se indagará sobre los efectos que tales cláusulas que prohíben las transferencias de acciones poseen respecto de los herederos del socio fallecido.

b) Introducción

Las limitaciones y restricciones a la transferencia de participaciones de las sociedades que existen en el sistema societario argentino, pueden tener origen legal o convencional. En el primer caso, el fundamento jurídico se encuentra dado por la normativa legal vigente, de manera patente puede existir una norma que condicione u obstaculice la transmisión de las participaciones a terceros, o por el contrario, tal limitación puede ser acordada por las partes de manera convencional en el acto constitutivo.

Ahora bien, cuando las restricciones a la transmisibilidad de las participaciones societarias tienen un origen convencional, estas pueden surgir de un pacto de socios (pactos parasocietarios); o bien, de un pacto de socios con la sociedad como parte; o pueden estar incluidas como normas estatutarias en el contrato social o instrumento constitutivo.

El término pacto parasocietario ha sido acuñado por la doctrina para designar a los convenios celebrados entre alguno, varios o todos los socios de una sociedad, con el fin de completar, concretar o modificar, en sus relaciones internas, las reglas legales o estatutarias que la rigen. También se ha dicho que son los acuerdos estipulados por algunos o todos los socios para regular entre sí o también en las relaciones con la sociedad, con sus órganos sociales o con terceros, su interés o conducta social.¹

Se ha definido al contrato parasocial como al “género”, atento que incluye todo tipo de acuerdos que no forma parte del contrato social. Actualmente, las convenciones parasociales constituyen una gravitante práctica que no puede ser desconocida por el derecho societario y que tampoco es ajena a nuestro medio. En este sentido, no es posible negar que en la Argentina existen y funcionan este tipo de acuerdos, que se suelen constituir con frecuencia, y que han tenido marcada influencia sobre el desenvolvimiento de las sociedades anónimas.²

Los pactos de bloqueo son aquellos acuerdos de accionistas cuyo objeto es establecer limitaciones o condicionamientos a la transmisibilidad de las participaciones sociales de los accionistas que suscribieron el pacto frente a terceros.

Ahora bien, frente a las cláusulas que limiten o restrinjan la transmisibilidad de las participaciones sociales incluidas en un pacto de socios, toca analizar los efectos que la misma produce. En primer lugar, es dable diferenciar los efectos que estas cláusulas

¹ ROVIRA, Alfredo L. “Pactos de socios”, Editorial Astrea, 2006, P 11.

² ANAYA, Gonzalo Luis, “Las Convenciones Parasociales en el diseño del funcionamiento de la Sociedad”, Publicado en: RDCO 261, 20/08/2013, 33, Cita Online: AR/DOC/5943/2013.

producen frente a los socios que participaron en el pacto, de los efectos que producen frente a terceros.

En virtud de ello, acordado que dichos pactos producen plenos efectos entre las partes que lo suscribieron, respecto de terceros, el principio general es la inoponibilidad. La LGS no reguló los pactos de socios. En virtud de ello, y en congruencia con las normas del CCyC que establecen que los actos jurídicos solo pueden producir efectos entre las partes (artículo 1021 CCyC), sin embargo, los pactos entre los socios son inoponibles a la sociedad y los terceros.

La doctrina y la jurisprudencia concuerdan que la existencia de restricciones a la transmisibilidad resultantes de un pacto de socios será inoponible a la sociedad, porque la violación del pacto parasocial produce efecto solo entre los contratantes. En consecuencia, frente a la sociedad, la transferencia llevada a cabo en cumplimiento de la LGS resultará válida.³ En este orden de ideas, no sería posible exponer a terceros al incumplimiento de las limitaciones que lo contienen. Ante la violación del pacto, solo sería posible aplicar las sanciones previstas en el pacto contra el incumplidor y, en su caso, la reparación por los daños causados.⁴

Ahora bien, frente a la inoponibilidad de las cláusulas limitativas a las transferencias de participaciones societarias que contienen los acuerdos entre socios, se advierten dos situaciones que han sido admitidas por la jurisprudencia y la doctrina, sobre todo luego de la reforma introducida en el año 2015 que dio sanción al CCyC, como excepciones a este principio general.

La primera consiste en la situación que se da cuando participan todos los socios en el acuerdo, al parecer, tal circunstancia generaría oponibilidad del mismo frente a la sociedad. Por consiguiente, cuando exista coincidencia plena entre los otorgantes del contrato social y los firmantes del pacto parasocietario, y además este sea depositado y registrado en la sede social, según la posición de ciertos autores, lo acordado en este último instrumento sería plenamente oponible a la sociedad de que se trate.⁵

Y el segundo supuesto, refiere a las normas introducidas por el CCyC respecto al conocimiento que el tercero tuvo o pudo haber tenido sobre la existencia del pacto de socios que contienen cláusulas que restringen la transmisibilidad. El pacto es oponible

³ NEGRI J.J., "Los conflictos societarios derivados de los convenios de sindicación de acciones" en DUPRAT, Diego A.J. y otros "Tratado de los Conflictos Societarios", Tomo III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2103, P 2572.

⁴ PULIAFITO, Gladys J., "Impacto de la reforma de los contratos en el derecho societario argentino", Publicado en: RCyS2019 - Edición Especial, 125, Cita Online: AR/DOC/504/2019.

⁵ NAGEL, Emanuel, "Algunas cuestiones sobre los contratos parasociales. Límites, alcance de sus efectos y admisibilidad de cautelares para garantizar su cumplimiento", publicado en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario; X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, edición del 4 de septiembre del 2019.

al tercero adquirente que conoció o debió conocer la limitación.⁶ Es decir, que si el tercero contratante y la sociedad conocían el acuerdo de socios, las cláusulas son oponibles a los mismos y, por ende, la transferencia de la participación no resultaría válida, cuando se realice en infracción a tales cláusulas.

Hecha esta aproximación sobre la inclusión de cláusulas limitativas de la transmisibilidad de participaciones en acuerdos entre socios, corresponde abordar el tema de los acuerdos de socios que incluyen restricciones de la transmisibilidad en los que la sociedad sea parte de los mismos. En este supuesto, a diferencia de lo analizado párrafos arriba, se entiende que la firma del pacto por la sociedad, su constancia en los libros sociales, y la posibilidad de obtener una registración pública del pacto y de las restricciones que se pacten para la transferencia de las acciones, pueden hacer oponible dicho pacto a la sociedad y a los terceros según el caso.⁷

Por último, lo que resulta propio del análisis en el presente estudio, es la existencia de previsiones estatutarias que limiten o restrinjan la transmisibilidad de las participaciones societarias. Tema que se abordará en el siguiente capítulo, con la profundización correspondiente sobre el tema propuesto respecto a los efectos de la prohibición de la transmisibilidad de las acciones en la sociedad por acciones simplificada.

Finalmente, previo a ingresar en el desarrollo del presente trabajo de estudio, corresponde aclarar que la transmisibilidad de las participaciones varía según el tipo societario. Las sociedades de personas poseen como regla general el requisito del consentimiento unánime de los socios para que uno de ellos pueda transferir su participación por acto entre vivos. En la sociedad de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones, las participaciones societarias son libremente transmisibles por actos entre vivos. La LGS admite la posibilidad de limitar o restringir tales transferencias, pero no prohibirlas. La LACE introduce una novedad sobre tema al permitir la prohibición de la transferencia de acciones en las sociedades por acciones simplificadas, tema central de análisis del presente trabajo, en cual se abordará el alcance y los efectos de la cláusula que prohíbe la transferencia de acciones por actos entre vivos, sin dejar de realizarse una pequeña apostilla acerca del alcance que la misma tiene respecto de la transmisión mortis causa.

⁶ DEL OLMO, Mariano, "El pacto de bloqueo es oponible al tercero adquirente de paquetes accionarios que conoció o debió haber conocido la restricción", publicado en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario; X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Advocatus, edición del 4 de septiembre del 2019 p 762.

⁷ DEL OLMO, Mariano, ob. cit.

c) Transmisibilidad en la LGS

La LGS establece que las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones de las sociedades anónimas son libremente transmisibles. A reglón seguido, permite a estos tipos societarios la posibilidad de que sus socios pacten cláusulas que limiten o restrinjan la transmisibilidad de las mismas. De esta manera, el artículo 153 LGS establece que el contrato de sociedad puede limitar la transmisibilidad de las cuotas, pero no prohibirla. Para el caso de las sociedades anónimas, el artículo 214 LGS establece que la transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia, y finaliza la norma afirmando que la limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos.

Si bien el principio general consagrado por la LGS consiste en la libre transmisibilidad de las cuotas y acciones, la norma autoriza a los miembros de las sociedades prenombradas a pactar cláusulas que restrinjan o limiten su transmisibilidad. Asimismo, en ambos casos las normas citadas exigen requisitos formales para su validez. El artículo 153 LGS impone a la sociedad de responsabilidad limitada que el contrato social contenga el procedimiento a que se sujetarán las cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las cuotas; por su parte, las limitaciones previstas estatutariamente en la sociedades anónimas deben constar en los títulos (acciones nominativas no endosables) o en las inscripciones en cuenta (para el caso de las acciones escriturales), sus comprobantes y estados respectivos (conf. Art. 214, LGS y art 48, ley 27.349) y también en el Libro de Registro de Acciones (conf. Art. 213, inc. 6º, LGS y Art. 48, ley 27.349).⁸ Se anticipa que la jurisprudencia y la doctrina entiende que si tales requisitos formales no se encuentra cumplidos, las limitaciones a la transferencia de cuotas o acciones se tendrán por no escritas.

La circulación de las acciones de una sociedad anónima es una característica esencial y un rasgo tipificante de este tipo de sociedades. Como principio general, la transmisión de las acciones es libre, es decir, exenta de conformidades de los restantes accionistas. No obstante, tratándose de acciones nominativas o escriturales, se pueden imponer restricciones a su transmisibilidad, siempre que las restricciones no importen prohibir su transferencia.⁹

Ahora bien, pese a considerarse la libre transmisibilidad como un rasgo esencial de las acciones, se ha permitido limitar o restringir la transferencia de acciones con

⁸ PULIAFITO, Gladys J., "Impacto de la reforma de los contratos en el derecho societario argentino", Publicado en: RCyS2019 - Edición Especial, 125, Cita Online: AR/DOC/504/2019.

⁹ VÍTOLO, Daniel R., Ley 27.349 comentada: Apoyo al capital emprendedor, ob. cit., página 207.

fundamento en la existencia de sociedades anónimas denominadas “cerradas” en el sistema societario argentino. Sin embargo, en orden a esta libre transmisibilidad, tales cláusulas que limiten la transferencia de acciones, no pueden obstaculizar las mismas a punto de tornarlas imposibles. El derecho concedido por el ordenamiento jurídico no puede ejercerse de mala fe o de manera abusiva (artículos 9 y 10 CCyC), y siempre vinculada al principio de libre transmisibilidad.

Así las cosas, ingresando en el análisis de los efectos que poseen las cláusulas estatutarias que limiten o restrinjan las transferencias de cuotas o acciones, puede afirmarse prima facie que tales cláusulas resultan oponibles a terceros y a la sociedad, toda vez que las mismas se encuentran inscriptas en el Registro correspondiente, y por ende, gozan de la publicidad y oponibilidad erga omnes.

Se afirma que el negocio que se concluye sin respetar las restricciones estatutarias es ineficaz frente a la sociedad, pero eficaz entre las partes.¹⁰ Por ello, en caso de violación a las restricciones previstas en el contrato social, la sociedad podría negarse a registrar cualquier intento de inscripción de una transferencia realizada en esas condiciones, dado que la misma resulta ineficaz para ésta.

Si bien se establece que la transferencia en infracción de las cláusulas estatutarias que limitan la transmisibilidad de cuotas o acciones resultan ineficaces, a diferencia de la inoponibilidad que se propone como solución para el caso de los pactos entre accionistas, esta vez, la sanción que se plantea frente a tal incumplimiento es la nulidad del acto. Es decir, que cualquier transferencia que se haga incumpliendo las limitaciones previstas en el estatuto o contrato social, toda vez que tales cláusulas resultan oponibles erga omnes, resulta ineficaz para la sociedad y acarrea la nulidad de la transferencia.

Destacada doctrina sostiene que en tanto el convenio de bloqueo sea considerado como “pacto parasocial” inoponible a la sociedad, la consecuencia del incumplimiento se limita a habilitar una acción de resarcimiento de daños contra el incumplidor y un eventual reclamo de la cláusula penal si fuere pactada. En cambio tratándose de cláusulas estatutarias de bloqueo, estas adquieren plena eficacia y su incumplimiento ocasiona la imposibilidad de consumir la pretendida transferencia, la cual será nula pues ningún adquirente podrá pretender derechos sobre la base de la violación de dicha norma convencional, elevada a rango de estatuto.¹¹

¹⁰ MOLINA SANDOVAL, Carlos A, “Transmisibilidad De Acciones Y Sus Restricciones”, Ponencia en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001).

¹¹ ROVIRA, Alfredo L. “Pactos de socios”, Editorial Astrea, 2006, P. 308.

A esta opinión, se agrega que la transferencia que se realice en incumplimiento de un pacto entre accionistas y tal situación es conocida por el tercero adquirente y por la sociedad, tal situación acarrea la nulidad de la transferencia.

Finalmente, siguiendo esta línea de ideas, cuando se hace referencia a la transmisibilidad por causa de muerte de un accionista, no cabe duda que las acciones pasan a manos de sus herederos una vez abierto el proceso sucesorio, aunque existan cláusulas que limiten o restrinjan su transmisibilidad.

Distinto resulta el caso en la sociedad de responsabilidad limitada. Se ha publicado en trabajos previos que en caso de muerte de un socio en una sociedad de responsabilidad limitada y ante la falta de previsión en el contrato social, opera la resolución parcial del contrato de sociedad, que le otorga a los herederos el derecho de percibir el reembolso de su participación a valor actual.¹²

d) Transmisibilidad en la LACE

i) Normativa aplicable

La ley de apoyo al capital emprendedor, que dio nacimiento a la sociedad por acciones simplificada, trajo un novedoso instituto frente a la transmisibilidad de la participación societaria. Como se sabe, la sociedad por acciones simplificada resulta ser un nuevo tipo societario donde prima la autonomía de la voluntad como principio rector. La libertad contractual y la ausencia del rigor tipificante que establece la LGS para las sociedades de capital, permite a los socios regular la transmisibilidad de acciones, limitando o restringiendo la misma, incluso hasta autoriza la prohibición de la transferencia de acciones pero un periodo limitado.

El régimen de transferencia de acciones en las sociedades por acciones simplificada se encuentra regulado en el artículo 48 LACE, el cual establece: *“Artículo 48. Transferencia. La forma de negociación o transferencia de acciones será la prevista por el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. En caso de omisión de su tratamiento en el instrumento constitutivo, toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscripta en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad respecto de terceros...”*

¹² AGUINAGA BARO, Luis F. Sociedad de responsabilidad limitada: transmisión mortis causas de cuotas de capital. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), pag. 1787.

La norma señala como regla general, que la forma de transferencia o negociación de las acciones se regirá por lo dispuesto en el instrumento constitutivo, en el cual se podrá requerir que toda transferencia de acciones o de alguna clase de ellas cuente con la previa autorización de la reunión de socios. Se advierte como fundamento a dicha imposición el régimen más personalista que posee la sociedad por acciones simplificada frente a la anónima, en el cual se permite limitar, pero nunca prohibir.¹³

Continúa la norma imponiendo un requisito formal para su validez. *“Las restricciones o prohibiciones a las que están sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones. En las acciones cartulares deberán transcribirse, además, en los correspondientes títulos accionarios. Tratándose de acciones escriturales, dichas restricciones deberán constar en los comprobantes que se emitan.”*

Ambos regímenes (LGS y LACE), coinciden en que las restricciones o limitaciones a las que estén sujetas las acciones deberán registrarse en el Libro de Registro de Acciones, en los títulos o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos. Coinciden también en sostener que toda transferencia de acciones deberá ser notificada a la sociedad e inscrita en el respectivo Libro de Registro de Acciones a los fines de su oponibilidad respecto de terceros. Algunas opiniones doctrinarias que afirman que tal registración en el Libro resulta también necesaria para oponer la transferencia a la sociedad. No se comparte esta afirmación, toda vez que para ello solo basta la notificación fehaciente a la misma. La negativa deliberada por parte de la sociedad a la registración de la transferencia, no puede perjudicar al socio que obró en observancia de las normas.

Y finaliza la norma sosteniendo una sanción legal frente al incumplimiento: *“Toda negociación o transferencia de acciones que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo es de ningún valor.”*

Respecto a los efectos que posee la inclusión de cláusulas limitativas de la transmisibilidad de las acciones, o que indiquen algún procedimiento para la negociaciones o transferencia de acciones, la propia norma establece in fine la solución frente al incumplimiento de lo previsto en el instrumento constitutivo al sostener que dicha negociación o transferencia será de ningún valor. Es decir, se desprende de lo dispuesto por el artículo que no solo la transferencia resultaría inoponible a la sociedad y al resto de los socios, sino que además podría acarrear la nulidad de la misma.

¹³ RAMIREZ, Alejandro. “SAS, sociedad por acciones simplificada”. Editorial Astrea, 2019, pág. 212.

ii) Prohibición de la transferencia de acciones

Tal como se adelantó en el presente trabajo, la LACE introduce un instituto novedoso como lo resulta ser la prohibición de la transferencia de acciones en las sociedades por acciones simplificada.

Establece en su artículo 48: *“El instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.”*

Prima facie se advierte una diferencia esencial respecto a la regulación prevista para la transmisión de acciones en la sociedad anónima. La LACE permite también prever en el instrumento constitutivo restricciones a la libre transferencia de acciones, pero va más allá, la norma citada autoriza a los socios a prohibir la transferencia de acciones por un plazo determinado. Dicha prohibición no puede exceder el plazo de 10 años, pero puede ser prorrogado por períodos no mayores de 10 años, siempre que sea aprobado por la totalidad del capital social. La norma citada, que posee su origen en el derecho francés y el colombiano, tiene su fundamento en la protección del carácter personalista de la sociedad.¹⁴

Según se observa, la única limitación que posee esta prohibición a la transferencia de acciones es el plazo máximo de 10 años. Dicho plazo debe ser considerado como un techo y debe ser contado desde la emisión de las acciones. Previsto un plazo mayor al dispuesto por la norma en análisis, se discute si dicha prohibición debe tenerse por no escrita, dado el incorrecto uso del derecho y la posible nulidad de la cláusula, o si bien debe considerarse válida pero solamente por el plazo máximo previsto en la ley. Parece acertada esta última interpretación.

Asimismo, se comparte con la doctrina que dicho plazo rige exclusivamente para la prohibición a la transferencia, no siendo aplicable para las cláusulas que limiten la transferencia o que establezcan un mecanismo de negociación de las acciones, pudiendo estas cláusulas perdurar durante la vida de la sociedad.

Si bien la norma establece un límite temporal a la prohibición, la realidad es que a renglón seguido faculta a la sociedad a prorrogar la prohibición de transferir por un plazo que no supere el límite de 10 años establecido. Ello permite a la sociedad prorrogar durante toda la vigencia de la sociedad las cláusulas que prohíban la transferencia de acciones, mediante la prorroga sistemática de tales previsiones del

¹⁴ RAMIREZ, Alejandro. “SAS, sociedad por acciones simplificada”. Editorial Astrea, 2019, pág. 215.

instrumento constitutivo. Sin embargo, como compensación a esta situación que podría tornarse abusiva, el artículo transcripto exige la aprobación de tal prórroga por la totalidad del capital social. Tal decisión debe contar con la unanimidad de las acciones emitidas por la sociedad.

Ahora bien, en el supuesto planteado, cabe dilucidar si la norma hace referencia solamente a las acciones que posean derecho a voto, o si incluye a la totalidad de acciones emitidas. Para este supuesto, se entiende acertada la postura que la norma refiere a la totalidad de las acciones emitidas y no solo aquellas que tenga derecho a voto. Las acciones que no posean derecho a voto, dada la redacción de la norma y los intereses en juego, recuperarían su derecho de voto cercenado estatutariamente para el caso de decidir la prórroga de la prohibición de la transferencia de acciones.

A su vez, no hay duda al respecto que la prohibición pactada entre los socios deberá registrarse en el Libro de Registro de Acciones, en los títulos o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos, de la misma manera que se exige para las cláusulas que limitan la transferencia.

Es cierto que la prohibición de la transferencia de acciones contradice lo predispuesto por el CCyC sobre la transmisión a título oneroso de una cosa determinada, de la misma manera que afecta el derecho de propiedad con raigambre constitucional, que permite a las personas disponer libremente sus bienes. Si bien tal análisis merece un tratamiento serio y profundo, se puede anticipar livianamente que es el factor temporal de la prohibición el que permite su aplicación conforme al ordenamiento jurídico. Al encontrarse limitada en el tiempo la prohibición de transferir acciones, se acepta que la norma de la LACE no contradice aquellas normas de mayor jerarquía.

iii) Efectos de la prohibición

La inclusión en el instrumento constitutivo de cláusulas que prohíban la transferencia de acciones en la sociedad por acciones simplificada, conforme a lo desarrollado en el presente trabajo de investigación, importa que toda transferencia que se realice en violación a las mismas carezca de validez. La ley dispone la nulidad de toda operación que no se ajuste a lo previsto en el instrumento constitutivo.¹⁵

Tal como se concluyó *ut supra*, la inobservancia de las previsiones estatutarias acerca de la transferencia, negociación e incluso la prohibición a la transferencia de acciones, no solo resulta inoponible a la sociedad, que se podría oponer a registrar dicha transferencia, sino que además acarrea la nulidad del acto jurídico. Para

¹⁵ BALBÍN, Sebastián. SAS, sociedad por acciones simplificada. Cathedra Jurídica, 2018, pág. 103.

ello, no resulta necesario acreditar la mala fe del adquirente, toda vez que el instrumento constitutivo goza de publicidad y oponibilidad erga omnes.

De la misma manera que se ve afectada la libre disposición de las acciones, la prohibición prevista en el instrumento constitutivo produce efectos sobre la constitución de derechos reales sobre las mismas.

En primer lugar, toda vez que el usufructo es considerado como un acto de disposición, la imposibilidad de constituir un usufructo sobre las acciones, viene dada por el mismo fundamento por el cual no pueden transferirse las acciones.

Distinto es el caso de la prenda, se entiende que tampoco podría constituirse una garantía prendaria sobre las acciones, dado que, si bien ello no priva al deudor del ejercicio de los derechos que le confieren las mismas, éste se vería expuesto a una posible ejecución, lo que importaría una transferencia forzosa que incumpliría la prohibición prevista.

Una solución intermedia es aportada por algunos autores al afirmar que podría constituirse una prenda, cuya ejecución se encontraría atada al cumplimiento del plazo de la prohibición. Misma posición mantienen frente a un embargo, el que solo podría ser ejecutado una vez cumplido el plazo de la prohibición. Y frente al usufructo terminan aceptando que se podría constituir ese derecho sobre las acciones sujetas a la prohibición, pero solo sobre las ganancias, quedando en manos del nudo propietario el carácter de socio y los derechos políticos.¹⁶

Ahora bien, misma situación se da en el supuesto de declaración de quiebra de un socio en una sociedad por acciones simplificada que posee una cláusula de prohibición. En este caso, el desapoderamiento de las acciones importaría una transferencia de las mismas en violación a lo dispuesto en el instrumento constitutivo. La doctrina mayoritaria acepta que frente a la quiebra del socio, la prohibición de transferencia prevista en el instrumento constitutivo cede ante el desapoderamiento del derecho concursal. Sin embargo, nada impide que frente a la subasta de las acciones sea la propia sociedad o los socios quienes se adjudiquen estas. No se descarta otorgarles un derecho de preferencia, o la aplicación del artículo 153 LGS, en lo que respecta a la facultad otorgada a la sociedad de adjudicarse las cuotas aun después de subastadas.¹⁷

Finalmente, corresponde hacer algún comentario respecto a la situación del socio fallecido en aquella sociedad por acciones simplificada que posee cláusulas en su instrumento constitutivo que prohíben la transmisión de sus acciones. Se anticipa que tales cláusulas no resultan oponibles a los herederos, quienes ocuparan el lugar del causante como socios de la sociedad. Sin embargo, asumirán el carácter de socios con

¹⁶ RAMIREZ, Alejandro. "SAS, sociedad por acciones simplificada". Editorial Astrea, 2019, pág. 218.

¹⁷ RAMIREZ, Alejandro. "SAS, sociedad por acciones simplificada". Editorial Astrea, 2019, pág. 220.

los mismos derechos y obligaciones del causante, manteniéndose la prohibición en cabeza de estos hasta tanto se agote el plazo de la misma.¹⁸ A esta solución se agrega lo antes dicho en otros trabajos de investigación, que propone la aplicación de la solución prevista en el artículo 155 LGS, que hace inoponibles a los herederos las cláusulas que limiten o, en este caso, que prohíban la transferencia de las acciones por cualquier título, dentro de los tres primeros meses de su incorporación.

¹⁸ BALBÍN, Sebastián. SAS, sociedad por acciones simplificada. Cathedra Jurídica, 2018, pág. 104.

ABSTENCIÓN VOLUNTARIA DE VOTO EN LAS ASAMBLEAS

ARECHA, Martín

Ponencia:

1. La abstención voluntaria en el voto, es un “no voto” que sin embargo produce efectos: favorece la decisión que prevalezca en la asamblea.
2. El voto en blanco y la abstención voluntaria no son supuestos idénticos, aunque ofrecen consecuencias semejantes.
3. Los actos preparatorios a una asamblea, tienen incidencia al momento de interpretar el valor de la abstención no legal.
4. En el caso del art. 254 LGS, la abstención puede dar lugar a imputar la responsabilidad de la ley al socio que se abstiene.
5. La exclusión del socio abstenido en el caso del receso, puede tener fundamento en que ese socio que actuó con un “no voto”, ya había contribuido apoyado la decisión que dio origen al receso.
6. La abstención voluntaria puede ser, en algunos casos, justificada.

El tema ha dado lugar a posiciones doctrinarias diversas y ha recibido tratamiento por los Tribunales en algunas pocas ocasiones.

De todos modos ,en la práctica se constata la tendencia a calcular las mayorías en las asambleas determinando cuales son los votos que han alcanzado mayor número; si son los positivos se entiende aprobada la moción y si son los negativos, se lo considera rechazado, sin ponderar la incidencia que puede generar – y que tiene – la abstención voluntaria. De esa manera el resultado puede ser, equivocadamente determinado, pudiendo configurarse solo una mayoría relativa y no la absoluta como lo dispone la LGS.(arts. 243, 244).

Resultan interesantes las distintas posiciones de los autores y los matices que se exponen. Algunos entienden que esa abstención constituye un voto negativo, otros con distintas consideraciones, lo evalúan por sus efectos con diversas apreciaciones.

Lo consideran como negativo: Fargosi, Horacio P. (en “La abstención de votos en las asambleas de las sociedades anónimas” LL. 140po. 1020 y ss.; Halperín, Isaac (en “Sociedades anónimas” p.600); Zaldivar, Enrique (en “Cuadernos del derecho societario”, Vol III p 268) y cabe mencionar que en la exposición de motivos de la ley 22.903,al referirse a la reforma al art. 245 se hace la siguiente mención: “... *habida cuenta que si bien la abstención , conforme la posición dominante, implica voto no adhesivo a la voluntad de la mayoría, y por ende integrativo de los negativos....*”

A su vez, Sasot Betes, Miguel A y Sasot, Miguel, (en "Sociedades anónimas. Las asambleas" p.268) se pronuncian en favor de considerar que ese voto sustenta el resultado mayoritario obtenido; por su lado Nissen, Ricardo A. (en "Ley general de sociedades. Comentada y anotada" T. IV p. 1023) no le asigna valor a esa abstención, afirmando que no incide en la suma del resultado, indicando que tampoco lo tienen los votos negativos salvo en la impugnación o el receso. López Tilli, Alejandro M. (en "Las asambleas de accionistas" p. 168) entiende que el voto abstenido debe ser computado a fin de establecer las mayorías legales. Vanasco, Carlos A.(en "Sociedades comerciales" T. 2 p. 476) considera que los abstenidos y los negativos resultan contrarios a la moción, "...ninguna influencia tienen al momento de verificar si una propuesta ha sido aprobada o no", y luego añade que tal criterio se refiere a la abstención voluntaria y no a la obligatoria o legal. Balbín, Sebastián (en "Manual de derecho societario" p. 523) afirma que la abstención no es una antinomia jurídica, y admite la posibilidad de que el socio se abstenga, pero indica que la presencia en el acto tiene efectos jurídicos (art. 8 CCCN). Por último en este repaso, señala Roitman, Horacio, (en "Ley general de sociedades. Comentada y anotada" T.IV p. 1023) que la aprobación se calcula sobre los votos a favor de la resolución, sin asignarle incidencia a la abstención.

Me sumo a aquellos autores que analizan el tema desde el ángulo de sus efectos, considerando que definir si se trata de un voto positivo o negativo, carece de relevancia práctica, y en verdad el abstenido es un "no voto". Por lo demás, la cuestión no está regulada en la ley, aunque si existe un régimen para la abstención legal, (art. 248), solución que no es trasladable a la hipótesis voluntaria debido a lo que disponen los arts. 243 y 244 al establecer que las mayorías absoluta se determinan sobre los votos presentes que pueden emitirse en la decisión, y los abstenidos voluntariamente cuadran en ese supuesto, son votos que pueden emitirse, pero no lo hacen.

En la jurisprudencia, se registra el caso de " Castro, Francisco V. c/Altos Los Polvorines SA" (CCom.D, 30.6.99,) con un voto del Dr.Felipe Cuartero que no formó la mayoría en la decisión pero en el que, con lucidez trata el tema en un caso especialmente particular – de los votos presentes el 50% se abstuvo voluntariamente, 46% voto por la afirmativa y 4% por la negativa, y se consideró aprobada la propuesta de derogar cierta modificación dispuesta por el directorio al reglamento de admisión, la asamblea consideró reunida la mayoría para aprobar la derogación, y ello dio lugar a una impugnación judicial por un socio, fundada en que no se habían computado los votos abstenidos. Propuso el Vocal, tras sus lúcidas consideraciones admitir el recurso y declarar nula la decisión revocando así lo decidido en la anterior instancia que había rechazado la impugnación.

En otro caso en la misma Sala, "IGJ c/BMW Argentina SA" (E.D. fallo 54.154) el Tribunal rechazó el planteo de la IGJ en la cual cuestionaba una asamblea cómo unánime en la que en la designación de directores, un socio se había abstenido en relación a su propia designación - autovoto -, habiéndose adoptado todas demas

decisiones por unanimidad. El Tribunal convalidó la unanimidad en esa asamblea desestimando el planteo de la IGJ.

Son escasos los ordenamientos legales que legislan específicamente el tema, por ello las elaboraciones presentan diversas apreciaciones interpretativas. Algunos países las han legislado, tal el caso de la R.O. del Uruguay, la ley 16.060, dispone “*Quien vote en blanco o se abstenga de votar se reputará como habiendo votado en contra, a todos los efectos de esta ley*”. Portugal, en su Código de sociedades comerciales, art. 386 dispone: “...*las abstenciones no son contadas*.”. España, en la ley de sociedades de capital (dec. Leg. 1/2010) su art. 198 se refiere no a la abstención pero sí al voto en blanco, supuesto que si bien no es exactamente igual, guarda correlación en sus efectos – tema sobre el que volveré – y dispone en su art. 198 “*No se computarán los votos en blanco*” para establecer las mayorías obtenidas.

En nuestro país,- tal como fue señalado - no se regula el voto voluntariamente abstenido, y ello motiva interpretaciones variadas, sin embargo el Proyecto de reforma a la Ley 19550 del año 2019, incluyó el art. 242 – ultima parte- lo siguiente: “*Cómputo de mayorías. El voto en blanco o la abstención voluntaria de voto no se excluyen del cómputo para establecer si se alcanzó la mayoría requerida por la ley o el estatuto*”.

Las posiciones como queda enunciado ofrecen varias alternativas, los casos jurisprudenciales son ilustrativos, y las normas y proyectos demuestran variables en las regulaciones, todo lo cual es indicativo de la conveniencia de abordar el tema, en reuniones como la que se está celebrando.

Una primera cuestión, es la relativa al voto en blanco y al voluntariamente abstenido. El voto en blanco; no es en general el que se constata en nuestro medio, donde se vota a mano alzada o verbalmente – labrándose acta del resultado – y puede ocurrir que en caso de ser ejercido el derecho de voto acumulativo conforme lo regula la IGJ. en la Res.gral 7/2005 art 112 inc 11 y 12, cuando se vote con entrega de “cédulas” en las que debe constar el voto, podría llegar a existir votos en blanco, hipótesis por demás poco posible, pero que sería el único caso de voto en blanco que podría configurarse en nuestro sistema societario. De todos modos, si bien el voto en blanco “ es voto” que no tiene efecto, es neutro, no suma a un resultado; en cambio el abstenido voluntariamente, es un “no voto”, no apoya o colabora a lograr una determinada posición; no es ni positivo ni negativo pero tiene efectos: fuerza a la mayoría desde que tales abstenciones no se computan para determinar la mayoría, pero sí para determinar el quorum base para el cálculo. Posiblemente el tratamiento que en conjunto se les da en algunas oportunidades, se base en que en ambas hipótesis, no suman al resultado. Hasta ahí la semejanza.

Luego, hay que pasar a considerar que la asamblea es un acto colectivo, del que emana una voluntad distinta a la individual de los socios, voluntad que se imputa a la sociedad y decisión que resulta obligatoria para los socios y administradores (art. 233, última parte).Y ese acto, requiere de etapas: la convocatoria(arts. 236/237), la comunicación de asistencia o depósito de acciones (art. 238, la asistencia el día fijado – con suscripción de documento correspondiente- y la reunión de quorum legal. Es decir

que antes de emitir el voto, se cumplen esos pasos, salvo la asamblea unánime (art. 237, última parte) en la que, debe existir unanimidad, y aquí – en base a uno de los precedentes ya reseñado -cabe señalar que la abstención razonable, justificada no opera como obstativa de la unanimidad.

En el sentido tratado, hay que destacar que el socio que da cuenta de su asistencia, que concurre el día fijado, que suscribe el Libro de asistencia, que integra el quorum que habilita el funcionamiento, pero que se abstiene al momento de la emisión del voto, ha realizado un conjunto de actos positivos ordenados a una específica forma de actuación orgánica. Esos actos, cuadran en los arts. 259, 260 y 261 del CCCN. y tienen por finalidad producir efectos jurídicos (conf. Borda, Guillermo en “Tratado de derecho civil. Parte general” T.II p. 82), al punto que el referido socio, pudo no haber concurrido, pero asistió y favoreció el funcionamiento del órgano, se lo consideró para determinar el quorum, entonces esos actos deben ser coherentemente considerados, como de acompañamiento con la decisión -positiva o negativa- que resulte adoptada en la asamblea. Es que no hay, del lado del abstenido, voto – he dicho es un “no voto”- pero hay apoyo a la toma de decisión y por eso se sostiene la interpretación propuesta.

Es precisamente en base a esa conclusión, que en el supuesto del art. 254, el socio que se hubiera abstenido, en una decisión aprobada por mayoría que luego es declarada nula, puede llegar a responder en los términos de la ley, desde que si bien su voto no fue expresamente “favorable” ha sido indirectamente “favorable”, o mejor expresado ha tenido el efecto del voto favorable y por ello, es factible responsabilizarlo.

En concordancia, con esa posición cito el art. 1725 del CCCN que refiere la necesidad de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, indicando que en tales casos es mayor la diligencia exigible al agente y la valoración de previsibilidad de sus consecuencias. El socio que realiza los actos preparatorios al acto, tiene pleno conocimiento del sentido de su obrar, y también de la finalidad, necesita entonces ajustarse a los términos del art. 1725 CCCN.

No debe descartarse la existencia de justificantes de posiciones abstencionistas. Una cosa es la abstención “pura simple” y otra la razonable o fundada en motivos atendibles, prueba de ello es el caso “IGJ c/ BMW Argentina SA.” en el que se atendió al reparo y deseo de no autovoto para integrar un directorio. Seguramente existan múltiples alternativas, pero es conveniente alentar la participación de socios y voto en la toma de decisiones, asimismo no hay que promover actitudes abstencionistas que sólo persigan evitar asumir responsabilidades, sobre todo cuando se ha exhibido una serie de actos encaminados a una finalidad, y luego se evita un concreto pronunciamiento, con un “no voto”.

En España, hay una importante posición en el tema que es por su claridad y precisión de inevitable cita: “.....*Las posiciones abstencionistas, lejos de carecer de significación o relevancia, también colaboran en la formación de la voluntad social, que no puede entenderse resultado exclusivo de conductas positivas o negativas: también aquí, como en tantos otros aspectos del Derecho, un comportamiento de*

omisión tiene que ser valorado” (conf. Uria Gonzalez, Rodrigo; Menendez Menendez, Aurelio; y Muñoz Planas, José, en “Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles” T V p.33).

Otro supuesto que merece comentario, es el del del receso (art. 245), en tanto la ley determina quienes son los titulares de ese derecho de separación, se otorga “...a los accionistas presentes que votaron en contra de la decisión y a los ausentes...” quedando así excluidos los voluntariamente abstenidos.

La actual redacción de la disposición conforme a la 22.903, específicamente suprimió el derecho al socio que se hubiera abstenido – conforme exposición de motivos ley 22.903-, sobre la base de considerar que si bien -mayoritariamente el abstenido implicaría un voto negativo – la particular naturaleza del receso justificaba contar con una expresa declaración de voluntad del socio. Así corresponde interpretar que solo los socios que hubiera votado negativamente y los ausentes están en condiciones de ejercer el receso (Nissen, R.A. ob.cit. T.III p.244 y Rotiman,H. ob.cit T. V p. 21). Si bien, los legisladores fundaron el criterio seguido, y establecieron un criterio acertado, empero el fundamento de tal posición, como se ha desarrollado en esta ponencia, radicaría en que cuando se decide un supuesto especial que dispara el receso (art. 244), los socios han alcanzado las mayorías exigidas por la ley, hay una mayoría de manera que los abstenidos, que cumplieron con todos los actos preparatorios de esa asamblea, al abstenerse voluntariamente, han colaborado, con la decisión adoptada y su proceder implica conformidad y aceptación con esa decisión mayoritaria, de tal modo, no correspondería admitir que apoyándose en esa abstención pretendieran fundar su derecho a receder. Han realizado actos, de apoyo de colaboración con esa decisión. En definitiva, y por esa vía la solución legal sería la misma por distinto fundamento.

PROPUESTA DE DELIMITACIÓN DE FUNCIONES DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

BALBÍN, Sebastián

Sumario: Se propone delimitar las funciones de los Registros Públicos en relación con la inscripción de actos y su publicidad

Propuesta de delimitación de funciones de los Registros Públicos

A.- Registración de actos. Control formal

1.- Se propone, para sociedades constituidas en la República en las que los socios limiten su responsabilidad a la integración de la porción del capital que suscriban o adquieran, eliminar el control de legalidad de los Registros Públicos.

2.- Los Registros ceñirán sus funciones a la verificación del cumplimiento de requisitos formales y de normas reglamentarias de aplicación¹⁹.

3.- Para ello se propone sustituir el actual sistema de registración por uno de anotación remota y automática, sin más intervención que la del constituyente -luego, de la sociedad- y el Registro -de gestión pública o privada-, quedando los efectos de la toma de razón limitados sólo a la publicidad del acto.

4.- Los Registros deberán reglamentar e implementar mecanismos que permitan suplir la utilización de medios tradicionales de llevado de libros mediante recursos digitales o la creación de páginas web donde se encuentren volcados la totalidad de los datos de dichos registros.

B.- Publicidad de actos. Innecesaridad de publicidad edictual

¹⁹ BALBÍN, S., *Sociedades por acciones simplificada*, Cathedra, Buenos Aires, 2020; RAMÍREZ, A., *Sociedad por acciones simplificada*, Astrea, 2022; íd. "El alcance del control de los registros públicos frente a la S.A.S.", XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, *Hacia un nuevo derecho societario*, t. II, Rosario, 2019, Advocatus, Córdoba, 2019.

1.- La inscripción de instrumentos y actos por ante el Registro constituyen en sí un mecanismo de publicidad²⁰, que comparte su naturaleza con su par edictual y se dirige a terceros indeterminados²¹.

2.- Ambas publicidades presuponen que los datos ofrecidos al dominio público son conocidos por terceros y oponibles a estos.

3.- La difusión de actos por medios digitales ha hecho perder eficacia a la publicidad edictual, o que superponga con otros medios de igual o mayor alcance.

4.- Se propone suprimir la publicidad edictual en materia societaria, imponiéndose un sistema único de consulta *on line* público de los actos sometidos a Registro.

²⁰ FONTANARROSA, R., "El Registro Público de Comercio", LL 51-1141.

²¹ Esta simplificación no pasa por alto el carácter declarativo de la publicidad ni sus efectos externos e internos (estos últimos no nos interesan aquí).

**IMPACTO DE LAS EMPRESAS FAMILIARES EN EL SECTOR
AGROPECUARIO. SU IMPORTANCIA EN EL DERECHO ECONÓMICO
ARGENTINO, LA NECESIDAD DE SU TRATAMIENTO Y LA
INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO
COMERCIAL VINCULADO AL AGRO**

**BASUALDO, María Eugenia, FERNANDEZ DE ANREANI, Patricia y
POLETTI, Laura**

Sumario

La empresa agraria es una realidad incuestionable como fenómeno jurídico-económico; En el modo en que asesoramos las mismas, en su mayoría PyMes y con actividades vinculadas al agro, la lechería, la siembra y la producción en general, es que en el marco de los estudios jurídicos que lideramos, vemos el impacto social que tenemos como profesionales en ese involucrarnos con mayor profundidad en el análisis de clientes con un perfil tan especial.

Adentrarnos en las instituciones de la Sociedad Civil para llegar al conocimiento más profundo de la realidad que toca a quienes tienen distintos roles en este perfil de PyMes: la distinción entre el derecho de propiedad sobre la tierra, el poder de decisión y la responsabilidad de llevar adelante las tareas propias de la empresa.

En este sentido, presentamos las empresas agropecuarias, su realidad y la perspectiva de género en este entorno.

Importancia del Sector Agropecuario

El sector agropecuario argentino ocupa un lugar en la historia y tiene un gran protagonismo en la economía del país. Según el último CENSO ²²“Desde el punto de vista de la ocupación del espacio territorial, las actividades agropecuarias y forestales se asientan sobre una superficie de más de 190 millones de hectáreas, que representan alrededor del 68% del territorio continental sudamericano de la República Argentina. Por otra parte, según datos del Censo

²² Censo Nacional Agropecuario 2018

Nacional de Población, Hogares y Viviendas de 2010, se declararon ocupadas en el sector agropecuario más de un millón de personas mayores de 14 años, alrededor de 6% del total, mostrando un aumento de más de cien mil personas con respecto a los registros del censo del año 2001. En cuanto a las características de la estructura agraria, según estudios realizados sobre los datos del Censo Nacional Agropecuario 2002 por el IICA, para el PROINDER y la Dirección de Desarrollo Agropecuario de la ex-Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentos (SAGPyA), el 65% de las explotaciones agropecuarias (EAP) pertenecían a pequeños productores, que ocupaban el 13,5% de la superficie total de las EAP registradas por el censo. Su complemento, las EAP medianas y grandes, representaban el 35% del total de las EAP y ocupaban el 86,5% de la superficie total. Precisamente, interesa conocer los cambios que esa estructura agraria ha observado después de casi cuatro lustros”.

En lo que refiere a su estructuración y dinámica, el sector presenta una gran complejidad y heterogeneidad en los perfiles productivos y de organización, que van desde formas básicas, tradicionales y artesanales de producción, al empleo de tecnologías de agricultura de precisión basadas en sistemas informatizados así como el desarrollo de genética animal de clonación; desde agricultura de organización familiar a empresas que constituyen “pools” de producción y fondos de inversión que canalizan recursos financieros hacia las actividades agropecuarias; desde la simple colaboración entre vecinos/as para las tareas necesarias en una chacra o huerta, al requerimiento de grandes contratistas de servicios de maquinarias y recursos humanos para cultivar y cosechar grandes extensiones de tierra.

Ahora bien, en lo que hace a la empresa agraria familiar advertimos que la misma ha estado y se mantiene estando organizada alrededor de la pareja casada o unida convivencialmente en donde la titularidad de la tierra mayoritariamente esta en cabeza de varones mientras que las mujeres trabajan y comparten las tareas de explotación a la par pero están invisibilizadas.

Empresa familiar agraria (EAF) / Empresa Agropecuaria Familiar (EAPF): Elementos que las caracterizan.

Partimos de la idea “existe un concepto jurídico y otro desde el punto de vista económico de la empresa, y es indiscutible que en la mirada economicista, la empresa es la organización de todos los factores de producción, con la finalidad de obtener ganancias a partir de ellos. En este sentido, la empresa agraria no es ajena a dicha caracterización.

En la empresa agraria encontramos connotaciones propias de las empresas comerciales, esto es una actividad económica en pos de la producción e intercambio de bienes y servicios; es

también una organización heterogénea con un grado alto de profesionalismo y organicidad cuyo titular o titulares, son empresarios que ejercen una actividad económica organizada”²³

La temática agraria hoy pertenece al Derecho Civil, aunque tiene connotaciones en el Derecho Comercial y en sí, el Derecho Agrario con sus aristas contiene normas de especialidad que le son fundamentales, y el nuevo enfoque ha destacado y brindado una caracterización del derecho Empresario en el que se encuentra inmersa la empresa agraria.

El Código Civil y Comercial vino a poner sobre relieve la empresa agropecuaria (haciendo referencia a ella), aunque no la conceptualiza ni define. Por ello, remitimos y nos parece nutritivo el concepto que desarrolla en su Tesis Doctoral el Dr. Horacio F. Maiztegui Martínez esto es, una definición de “empresa agraria como institución unificadora y centro de imputación jurídica en sus quehaceres, en sus fines y en sus objetivos para el desarrollo sustentable” y es en esa búsqueda de “una figura que aglutine, que sea calificada claramente en cuanto a su actividad, que individualice el o los sujetos agrarios que desarrollaran la misma, como así también la revalorización de la hacienda o explotación, y que en su relación con los recursos naturales, pueda implementarse el desarrollo sustentable”, tal nos postula el jurista entrerriano, es que entendemos dable destacar la importancia de encontrar una definición y caracterización que nos permita un mejor mapeo a la hora de proponer acciones positivas para fomentar su actividad.

Es así que, para conceptualizar la Empresa familiar agraria (EAF) /Empresa Agropecuaria Familiar (EAPF) partimos de que es una organización agro o ganadera productiva que tiene los elementos distintivos de la empresa familiar es una sociedad de familia que posee los elementos distintivos de la empresa familiar: a) propiedad de la familia sobre la empresa o sus bienes; b) influencia que la familia ejerce sobre la empresa y c) el deseo de continuar la empresa en las futuras generaciones

Es importante señalar, que la familiaridad también trae como corolario la confianza entre sus miembros y un especial cuidado y protección entre ellos. Esta confianza y seguridad de la que gozan quienes trabajan en la empresa familiar permiten que ciertas decisiones requieren de procesos menos burocráticos y de una más sencilla fundamentación. ²⁴

²³ Leopoldo Octavio Burghini y Laura Poletti en Libro de Ponencias XIII Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario, Rosario 2022 “La reorganización de la empresa unipersonal agropecuaria en el marco de la Ley General de Sociedades”, Pág 315.

²⁴ *Carlos A Molina Sandoval en Empresas Familiares Herramientas de planificación y profesionalización Editorial Erreius 2014, pág 22)*

Paralelamente la cultura de la empresa (como elemento diferencial de otras empresas) y su fortalecimiento dentro de la familia genera el “pegamento” necesario para cimentar los objetivos y diversos proyectos. Valores importantes como el “compromiso de la palabra empeñada”, el “esfuerzo de las tareas”.

La EAF/EAPF no se encuentra limitada a grandes extensiones de tierra, sino que es comprensiva de toda explotación agropecuaria (hortícola, frutícola, avícola, ganadera, etc) más allá de su tamaño.

El rol de la mujer en la empresa familiar agraria (EFA) /Empresa Agropecuaria Familiar (EAPF) en Argentina

La realidad Argentina

En nuestro país, el 50% de la población rural está representado por mujeres que labran la tierra, cuidan los animales, trabajan la materia prima, etc. Ellas son tamberas, apicultoras, ganaderas, agricultoras, laneras, artesanas, técnicas, amas de casa, profesionales, que trabajan día a día por el desarrollo de sus comunidades y un mayor acceso a sus derechos sobre la tierra, el techo y el trabajo.

Hay mucha desigualdad en la vida rural. La idea de que la mujer acompaña al hombre está muy instalada. También existe la idea de que hay tareas que solo los varones están capacitados para hacer.

Los principales obstáculos a los que se enfrentan las mujeres rurales son fundamentalmente la falta de acceso a servicios (de salud, justicia y seguridad) y el aislamiento.

Desde el año 2017, Naciones Unidas (ONU) conmemora el 15 de Octubre como el Día Internacional de las Mujeres Rurales en reconocimiento de “la función y contribución decisivas de la mujer rural en la promoción del desarrollo agrícola y rural, la mejora de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza rural”

Las campesinas y otras mujeres rurales tienen el derecho a: no ser objeto de discriminación y violencia, determinar libremente su condición política, y perseguir, participar y aprovechar libremente del desarrollo económico social y cultural.

Según el Censo Nacional Agropecuario 2018, sólo el 20 % de las explotaciones agropecuarias argentinas tienen al frente de su gerenciamiento a mujeres. Por lo tanto, el objetivo del programa es contribuir a lograr la igualdad de género y empoderar a las mujeres rurales argentinas en estos ámbitos.

Según los datos publicados por el INDEC en el Censo Nacional Agropecuario (CNA) de 2018, se registraron 223.292 productores o socios, de los cuales solo el 21% son mujeres. Por otro lado, los datos difundidos por el mismo organismo en el CNA de 2002 indican que en ese

entonces se registraron 290.370 productores o socios, de los cuales solo el 10% eran mujeres. Es decir, que en los últimos 18 años el número de mujeres aumentó un 56 %. Si bien el número de mujeres que forman parte de la actividad agropecuaria creció, aún continúa siendo un terreno liderado en su mayoría por hombres.

En las Explotaciones Agropecuarias (EAP) con tipo jurídico persona humana o sociedad de hecho no registrada, se relevaron 223.292 productores y socios, de los cuales el 21% son mujeres y el 16% tiene menos de 40 años.

Respecto a la población que reside en las explotaciones, un total de 732.986 viven en las EAP, de las cuales el 38,4% son mujeres, el 61,5% son varones y sin determinar sexo un 0,1%

Es importante resaltar el trabajo que se viene realizando a través del Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola y la perspectiva de género.

El Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) es una institución financiera internacional y un organismo especializado de las Naciones Unidas dedicado a erradicar la pobreza y el hambre en las zonas rurales de los países en desarrollo. El FIDA se creó en 1977 como uno de los principales resultados de la Conferencia Mundial sobre Alimentación de 1974 y como respuesta a las sequías y hambrunas que afectaron a África y Asia en los años 44 precedentes. “En el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) invertimos en la población rural, capacitándolos para aumentar su seguridad alimentaria, mejorar la nutrición de sus familias y aumentar sus ingresos. Los ayudamos²⁵ a construir resiliencia, expandir sus negocios y hacerse cargo de su propio desarrollo.”

Traspaso Generacional

Otro aspecto considerado a la hora de analizar la sucesión generacional de las empresas familiares agropecuarias es el género de quién tenga el destino de sucesor.

La herencia funciona no solo como mecanismo de reproducción social, sino también como núcleo de prácticas de dominación masculina. La herencia paterna es la más importante y si hubiese que optar entre vender un campo u otro, el originado en la herencia paterna es el que se busca preservar con más ahínco. La tierra es asociada al apellido y éste es transmitido

²⁵ FIDA, 2018: www.ifad.org).

patrilinealmente. Asimismo, López Castro²⁶ manifestó que, en los últimos años, se ha producido un cambio significativo en las relaciones de género dado que las tareas identificadas como femeninas pasaron de ser tareas manuales meramente productivas a tareas administrativas y de gestión, reconociéndose el aporte de la mujer como fundamental para el funcionamiento y crecimiento de las explotaciones. Sin embargo, esto no se refleja aún en su inclusión como potenciales continuadoras de las explotaciones, lo cual da cuenta de la dificultad que implica, tanto para hombres como para mujeres, superar esquemas mentales y de organización familiar tradicionales en el medio rural.

Como la mayoría de las empresas que pertenecen al mundo agropecuario, esta se forma casi por default y sin que sus integrantes tomen conciencia de que lo son, ya que generalmente se debe a la herencia de la tierra junto con sus tradiciones tanto culturales como familiares.

Al tratarse de una empresa agropecuaria, la mentalidad machista dificulta a la mujer hacerse un lugar en la empresa de campo o que se valoren los aportes que puede hacer “en la empresa de campo, para el género masculino, las mujeres se limitan a ser, las chicas”²⁷

Las mujeres de esta empresa son socias fundadoras y directoras sólo por ser las herederas del Sr. Bieler, tal como lo manifestaron “*Haberman y Danes, en 2007, destacan que las hijas eran tenidas en cuenta como posibles sucesores en la empresa familiar solo cuando todos los sucesores eran únicamente mujeres*” son “socias pasivas mientras alguien, generalmente un varón de la familia o un profesional externo, las representa en la toma de decisiones”²⁸

Es importante remarcar que *la perspectiva de género no es una moda, ni un consejo, ni una corriente ideológica, ni una aspiración o preferencia. Es una forma de concretar un mandato constitucional/convencional que obliga al Estado argentino. Adquirió plena efectividad sobre todo el articulado del Cód. Civ. y Com. de la Nación en función de lo dispuesto en los arts. 1º, 2º y 3º del propio cuerpo legal, dada la centralidad que adquieren los derechos humanos en la interpretación y la aplicación de las normas. Constituye una de las medidas especiales destinadas a eliminar la desigualdad fáctica entre hombres y mujeres, a los fines de garantizar una igualdad real por sobre la meramente formal (art. 4.1, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [CEDAW]), y “modificar*

²⁶ López Castro, N. (2009). “Cuando la persistencia es una cuestión de familia. Relaciones familiares, traspaso y género en explotaciones agropecuarias del Sudoeste bonaerense (1987- 2007)”. *Mundo Agrario*, Vol.10, N°19

²⁷ Conforme Stivelberg- Batista- Lucero *La mujer en la empresa familiar. Mujeres y hombres en la empresa familiar. Las diferencias que no están a la vista Bs As Ad-Hoc 2019, pág. 116*).

²⁸ Stivelberg- Batista- Lucero *La mujer en la empresa familiar. Mujeres y hombres en la empresa familiar. Las diferencias que no están a la vista Bs As Ad-Hoc 2019, pag. 53, 103*

los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de superioridad o inferioridad de cualquiera de los sexos, o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres” (art. 5.a, CEDAW) ²⁹

Situación que ha permitido que las accionistas/directores recurran a consultores externos, quienes *“recomiendan que las mujeres, desde la empresa familiar deben hacerse y/o pedir un lugar, pero que para ello deben ser protagonistas, dejar de ser meramente observadoras o acompañantes, seguir trabajando en la igualdad de oportunidades, en la complementariedad, valorarse” ³⁰*

LA NECESIDAD VISIBILIZAR LA TAREA DE LA MUJER MEDIANTE EL REGISTRO DE TITULARIDAD COMPARTIDA

El objetivo de que las mujeres rurales alcancen la igualdad en particular la “igualdad como no subordinación” esta presente en la agenda internacional. Así la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW) en su art. 14 dispone la obligación de los estados miembros de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales, en particular, obtener acceso a los créditos y préstamos agrícolas, beneficiarse directamente de los programas de seguridad social u organizarse para acceder al trabajo por cuenta propia o ajena.

En Europa y en España en particular, una de las soluciones para avanzar en la eliminación de la discriminación y con el fin de visibilizar el trabajo de las mujeres en el sector agropecuario ha sido la creación de un Registro de titularidad compartida de las explotaciones agrarias, que resulta un mecanismo de gestión conjunta de una unidad económica, sin personalidad jurídica, y susceptible de imposición a efectos fiscales, constituida por un matrimonio o convivientes, con independencia de la titularidad de domicial de los bienes y sus derechos.

²⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II (CCiv ComMon) (Sala II) Fecha: 20/10/2020 Partes: C. P. M. c. R. P. G. C. s/ Cumplimiento de contratos civiles/comerciales Publicado en: La Ley Online;Cita: TR LALEY AR/JUR/51524/2020).

³⁰ (Stivelberg- Batista- Lucero La mujer en la empresa familiar. Mujeres y hombres en la empresa familiar. Las diferencias que no están a la vista Bs As Ad-Hoc 2019, pág.123).

Es considerada una medida de empoderamiento de las mujeres, que se constituye en titular de una gestión de explotación agraria y que le permite facilitar el acceso al crédito agrícola, subvenciones o ayuda pública³¹.

La Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva³² busca con la creación de esta registración potenciar el crecimiento del empresariado femenino y jerarquizar a la mujer rural.

Los resultados de dicho Registro de titularidad compartida no han sido los esperados en España. La cultura rural aún es patriarcal y el empoderamiento de las mujeres incomoda.

La Resolución Europea del Parlamento de fecha 12 de marzo de 2008 analiza la situación global de Europa en relación a la mujer rural y contiene a modo de ruego para que los estados miembros tengan presente la situación de los cónyuges colaboradores en el ámbito agrario y el registro obligatorio de estos cónyuges para que dejen de ser colaboradores invisibles y que se le permita acceder a asistencia sanitaria, pensiones de jubilaciones, servicios de prestaciones, prestaciones por discapacidad y sustituciones por maternidad, pero también para que tengan derechos a la compensación por la participación de manera efectiva y regular en la actividad agraria.

Aunque las medidas adoptadas por la Unión Europea han sido insuficientes, ya que son pocas las registraciones de titularidad compartida, lo cierto que empieza a activar un debate que Argentina y Latinoamérica se deben. No hay duda que se deben corregir las distorsiones, desigualdades y la discriminación que sufre la mujer en la esfera rural.

La titularidad compartida ha servido y sirve como mecanismo de conciencia social pero también para compensar la labor de la mujer en la tarea rural que explota la tierra y los recursos sin recibir remuneración, ni consideración alguna.

Este debate nos debemos como sociedad, en especial en Argentina, donde la actividad agropecuaria es vital para el sostenimiento de nuestro país.

Conclusión

En pos de un desarrollo efectivo y a través de acciones concretas proponemos abogar y emprender este camino con una mirada inclusiva, consciente y con perspectiva real. Partimos de la postura que a las empresas hay que acompañarlas desde un asesoramiento transparente y sincero, apoyarlas, ya que son fundamentales para el entramado económico y social de nuestro país, lo fortalecen, generan fuentes de trabajo, generan vínculos con todo el mundo, abren

³¹ Espín Alba, Isabel, "Titularidad compartida de las explotaciones agrarias", en *El Derecho a la Igualda Efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Aranzadi, 2018, p. 577 y sigs.

³² Art. 30.1. LOI.

caminos y los sostienen. Y esta mirada preventiva y con perspectiva, va hacia una sostenibilidad de las compañías.

Entendemos imperioso como agregado de valor, que las PyMEs implementen políticas y prácticas tendientes a tener una mirada amplia y aggiornada a los cambios culturales que se dan, desde nuestro rol de profesionales del derecho, proponemos encarar el ejercicio profesional consciente, con la mirada real y efectiva, aplicando normas en contextos similares, tomando las recomendaciones y postulados de otros ámbitos, y en especial en la materia de diversidad y perspectiva tenemos alternativas nutritivas.

Consideramos necesario que se genere el debate de la necesidad de implementar Registros de Titularidad compartida, independientemente de la titularidad de la tierra, para generar conciencia social y que la labor de la mujer en la actividad agraria sea compensada efectivamente.

Bibliografía

Cloquell, S. “Familias rurales en contextos adversos. Rupturas y continuidades en el **escenario** social de la economía de mercado en la Región Pampeana Argentina”, en Revista ALASRU - Nueva época N° 5, 2010

Craviotti, C. . “Coniguraciones socio-productivas y tipos de pluriactividad: los productores familiares de Junín y Mercedes”, en Revista Interdisciplinaria de Estudios Agrarios, N° 17, 2° Semestre, 2002

López Castro, Natalia CONICET Programa Prioritario I+D "La Argentina rural del siglo XX"Universidad Nacional de Quilmes Cuando la persistencia es una cuestión de familia. Relaciones familiares, traspaso y género en explotaciones agropecuarias del Sudoeste bonaerense (1987-2007)

Tort, María Isabel y Román, Marcela . “Explotaciones familiares: Diversidad de conceptos y criterios operativos”, en María del Carmen González (Coord.). Productores Familiares Pampeanos: hacia comprensión de similitudes y diferenciaciones zonales, ASTRALIB, Buenos Aires, 2005

RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES Y SOCIOS POR INFRAPATRIMONIALIZACION

BOQUIN, Gabriela Fernanda y RICHARD, Efraín Hugo

PONENCIA

Los administradores y socios controlantes responden por las obligaciones nacidas a partir de la situación de infrapatrimonialización del ente por la traslación de riesgo empresario que realizan a los terceros.

Los primeros por la omisión en la actuación debida ante esa situación y los segundos en la medida que conociéndola no tomen medidas para solucionarla, remediarla o liquidar el ente.

I - INTRODUCCION

La praxis jurídica demuestra situaciones empíricas de hecho que acontecen cotidianamente ante los tribunales consistente en sociedades a las cuales se les declara la quiebra sin activos y con numerosos pasivos, con una actividad reciente que los ha generado y, en la mayoría de las veces, sin existencia de libros ni contabilidad regular que permita reconstruir adecuadamente la situación patrimonial pasada.

La infrapatrimonialización es un fenómeno que debe ser evitado y corregido apenas instalado, teniéndose en cuenta que no es el resultado de un ejercicio contable, ni una simple ecuación aritmética que establece que el activo es inferior al pasivo en un balance de cierre de ejercicio, ya que será necesario considerar los valores reales de los bienes que componen al primero y las proyecciones futuras de los negocios pretendidos o en trance, teniéndose para ello en cuenta todo lo que surja de la premonición que exige la Memoria, elemento de prueba que resulta de fundamental importancia a los fines de considerar la existencia de la situación que convierte a los acreedores como inversores sin derecho y determinando la frontera al beneficio de la limitación de la responsabilidad.

Las prácticas procesales en los concursos de sociedades suelen mostrar una extraordinaria elasticidad tanto en la admisión del concurso, sin exigencias posteriores ante la mera manifestación de pérdida de libros o documentación, de que no se trataba de una mera cesación de pagos sino de situaciones mucho más graves no abordadas conforme a previsiones imperativas de la LGS, y luego homologan o tratan de corregir por la tercera vía propuestas confiscatorias generando donaciones de los acreedores que la aceptaron, con efectos a los disidentes o ausentes.

II. NORMAS APLICABLES

La situación de infrapatrimonialización de una sociedad que continua con sus actividades sin tomar medidas para solucionarla, remediarla o limitar los daños liquidándola genera responsabilidad de administradores y de los socios controlantes una vez que estos toman conocimiento de esta circunstancia y omiten remediarla generando daños respecto de terceros

La norma que así lo dispone es el art. 99 LGS que debe ser complementada por el art. 167 del CCCN en virtud de la prelación jerárquica dispuesta en el art. 150 CCCN. La integración resulta necesaria atento el defecto en la redacción de la norma imperativa societaria demostrándose lo expuesto por la inexistencia de precedentes que hagan uso de la misma ante el acaecimiento en los casos concretos de los presupuestos en ella previstos, no lográndose acuerdo en la doctrina a la fecha acerca del alcance de la frase “sin perjuicio de la responsabilidad de estos” al considerar la de los socios diferenciándola o asimilándola a la de la los administradores³³. *Y en el caso esta última*

³³ Vayan algunos ejemplos de las discrepancias, considerado lo expuesto por Zaldivar, Manovil, Ragazzi y Rovira en Zaldivar Enrique, Manovil Rafael, Ragazzi Guillermo Rovira Alfredo Cuadernos de Derecho societario T III Volumen Cuarto Aspectos particulares en la evolución de las sociedades Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, página 290.

“Responsabilidad de los socios. El artículo 99,2 parr.. En su parte final dice “... sin perjuicio de la responsabilidad de estos”. Este añadido, a simple vista incidental, es sin embargo de trascendental importancia en el punto.

Quiere decir que los socios que han consentido la continuación de la actividad de la compañía después de haber sido disuelta, hoy responden personal solidaria e ilimitadamente por los daños causados a terceros “

O por Vitolo Daniel Roque Sociedades Comerciales Ley 19550 Comentada editorial Rubinzal Culzoni T II página 443, Santa Fe 2007 *“Con relación a la referencia que hace la ley a la responsabilidad de los socios, la misma incluye-desde nuestro punto de vista-a todos los socios, hoy sin distinción del hecho de que conozcan, consientan o se hubiesen beneficiado de tal actuación, pues de lo que se trata en este caso es de proteger a los terceros y no sancionar a quienes consientan la actuación exorbitada de los administradores”* o por Verón Sociedades Comerciales Ley 19.550 T 2 Editorial Astrea página 270 *“La disolución de la sociedad no opera retroactivamente por lo cual la responsabilidad de los socios respecto de las obligaciones contraídas por la sociedad durante la vigencia del contrato hay que determinarla en función del tipo social...Para luego contradecirse diciendo...es improcedente cualquier acción o medida precautoria contra los socios de una sociedad de responsabilidad limitada por operaciones realizadas con posterioridad al plazo de duración de producida cualquier otra causal de disolución si no se demostró que tales actos exceden de los admisibles en el estado de la de liquidación”.*

O por Roitman Horacio en Ley General De Sociedades Comentada Y Anotada Tomo II pagina 490/491. Editorial Thomson Reuters quién al apreciar posibilidad de continuación del giro habitual de la empresa en infracción a las normas del artículo 99 considera a los socios sujetos a un régimen de responsabilidad si estos consintieron o se beneficiaron con la infracción a la norma imperante, reconociendo que se encuentra comprometido el orden público y el derecho de los terceros y aún el de los socios que no lo consintieron respecto de su derecho a la cuota de liquidación. Así concluye sobre la responsabilidad por las obligaciones generadas en ese periodo respecto de los socios que

norma aclara en que casos surge responsabilidad de los socios que han actuado –u omitido actuar- conforme a una manda legal, generando antijuridicidad.

Genera coherencia sobre ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo “La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, y el último párrafo “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”. Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado.

Parecería que³⁴ si una sociedad no obtiene capital de sus propios socios o de terceros, es porque no existe un plan que determine la viabilidad y la rentabilidad de la empresa. Los administradores societarios deben hacer una evaluación y un plan anualmente. Si el balance anual acusa la pérdida tienen obligación de exponerlo a los socios, con algún plan si pretenden continuar la gestión. A su vez deben presentar junto al balance una Memoria sobre la prospectiva del año venidero, que importaría anticipar la asunción de una crisis si existiere un sobreendeudamiento, anticipándose a la instalación de la crisis, revisar el patrimonio activo y pasivo ordinario corriente para el año inmediato, sin perjuicio de mantener el patrimonio activo suficiente para satisfacer el pasivo, o sea mantener patrimonio positivo, sin pérdida del capital social. La crisis

conocieron, consintieron o se beneficiaron excluyendo de responsabilidad a aquellos que ni se beneficiaron ni conocieron la situación.

O por Araya Miguel que en Pérdida del capital social e insolvencia, La Ley 2005-F, 1271 decía *Tampoco dispone sanciones propias, específicas, ni para los administradores, en caso de falta de cumplimiento de la obligación de convocar a asamblea, ni para los accionistas, por la eventual falta de toma de decisiones orientadas hacia las soluciones impuestas por la ley de sociedades comerciales*. Para más recientemente considerar en Nuevas Reflexiones sobre la pérdida de capital social y la cesación de pagos. Revista de derecho privado y comunitario 2019-2 Insolvencia Editorial Rubinzal Culzoni editores página 91/104...*Nos adelantamos a manifestar que en este punto consagra un régimen harto insuficiente que significa una débil protección a los acreedores...la aplicación en la práctica judicial de este régimen de responsabilidad nació a los administradores ha sido muy escasa. Tal vez por la insuficiencia de nuestra legislación, tampoco precisa en ese aspecto o tal vez, porque el agudo proceso inflacionario que ha azotado a la Argentina, durante tantas décadas ha tornado ilusoria su aplicación obligando incluso en periodos concretos a suspender su vigencia...*

³⁴ Richard E. Hugo “El concurso de sociedades” Revista DECONOMI Año 2 Numero II del Departamento de Derecho Económico y empresarial de la Facultad de Derecho de la UBA <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0004-N09-RICHARD.pdf>

societaria suele llevar al proceso concursal que tiene especiales notas en el caso del concurso de una sociedad.

La responsabilidad se genera ante daño concreto a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aún en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos, la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, o sea a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

Lo cierto es que de la divergencia de opiniones acerca del alcance de la terminología empleada, se observa contradicciones y oposiciones respecto de la interpretación del artículo 99 LGS, que quizás sea la causa probable de su poca consideración en los tribunales.

Pero siendo como es una norma de carácter imperativo, respecto de lo cual no hay dudas en la jurisprudencia y posiciones doctrinarias, es que requiere su integración por el defecto de su redacción con la norma que es su correlato en el código de fondo es decir el artículo 167 CCCN, para así despejar dudas y aplicarla en la práctica sacándola del ostracismo a la que fue sometida en medio siglo de existencia.

Esta integración implica considerar que son responsables por las deudas sociales a partir de la infrapatrimonialización del ente tanto los administradores como los socios que conociendo o debiendo conocer.

Los administradores día a día conocen el estado patrimonial y el flujo de fondos. El balance anual, tempestivo, ratifica las presunciones y determina la existencia de un activo neutro o negativo que aritméticamente denunciará la existencia de una causal de disolución, cuando no dos, la pérdida total del capital social y la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto por razones patrimoniales, económicas y financieras. Ese resultado puede ser meramente aritmético pero obliga a los administradores a determinar en la Memoria la viabilidad de la sociedad, por corresponder a meras técnicas contables pero existir un patrimonio capaz de satisfacer o generar los fondos para satisfacer el pasivo.

III. LA PRELACION NORMATIVA ANTE LOS DAÑOS GENERADOS POR LA INFRAPATRIMONIALIZACION

Considerada esta integración se debe acudir a otras normas indisponible del Código Civil y Comercial de la Nación, como lo son los arts. 1757 y 1758 que regulan la responsabilidad por actividad riesgosa.

La actividad de la sociedad infrapatrimonializada es una actividad riesgosa por la traslación que hacen administradores y socios de su propio riesgo a los terceros siendo éstas las circunstancias de realización de su actividad que implica un parámetro objetivo de atribución de responsabilidad

El concepto de actividad da la idea de acción de una organización o de una acción organizada considerando la Real Academia Española como conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad.

Una actividad es riesgosa cuando el riesgo que genera no es circunstancial³⁵ creando una probabilidad objetiva de generar un daño. La actividad de una sociedad infrapatrimonializada no nació riesgosa en sí misma para terceros, sino que, llevada a cabo en las circunstancias de violación de lo impuesto por la manda del artículo 99 LGS y del 167 CCCN, genera un riesgo que para ser imputable requiere de la existencia del daño del tercero, es decir de la obligación impaga o incumplida que no se verá satisfecha por ausencia de activos que la sufraguen. Por supuesto que será necesaria la prueba de la relación de causalidad por parte de quien alega el daño, pero -probada esta- las causales de exoneración de responsabilidad serán las previstas en el Código Civil y de la Nación. Así se eximirá de responsabilidad al socio o administrador por causa ajena o caso fortuito o se excluirá la antijuridicidad por la conformidad o consentimiento de la víctima o dañado es decir el acreedor conforme las previsiones del artículo 1720 aclarando que -para que esta sea válida- será necesaria la adecuada información del damnificado. En este sentido puede traducirse que la conformidad brindada a una propuesta concordatario libera de responsabilidad por los daños ocasionados por la infrapatrimonialización del ente siempre que haya existido una adecuada información de la situación a la que es sometido y por la cual libera de responsabilidad. Hoy por el contrario aquel acreedor que es dañado por una propuesta lesiva no habiendo brindado consentimiento para la misma no libera al socio o administrador de la responsabilidad que le cabe. Este es un punto delicado **y opinable**, pues la conformidad puede estar vinculada como stakeholders a asegurar la viabilidad de la empresa pero no al enriquecimiento del socio que altera la relación causal del art. 1º LGS.

La objetividad o cuasi objetividad no es novedosa en el derecho comparado³⁶ en situaciones de infrapatrimonialización siendo considerada en los Tribunales³⁷ extranjeros respecto de los administradores sociales que responden ex lege por

³⁵ Pizarro, Daniel Ramón “La responsabilidad civil por actividad riesgosa” LL 1989 página 936.

³⁶ Art. 367 Real Decreto legislativo de 2 de julio del 2010 por el que se aprueba el Texto refundido de la ley de sociedades de Capital modificado en el año 2022.

³⁷ STS 1721/ 2023 Numero de resolución 586/2023 <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/5f978881b7732b95a0a8778d75e36f0d/20230508>

Tribunal Supremos sede Madrid Sala civil 21 de abril 2023 que emitió sentencia de Casación ante situación de déficit patrimonial o desbalance patrimonial considerando la evolución en el derecho español de la responsabilidad de los administradores objetiva o cuasi objetiva justificando la misma por el riesgo generado para los acreedores posteriores que han contratado sin gozar de la garantía patrimonial suficiente por parte de la sociedad del cumplimiento de su obligación de pago.

incumplimiento de la manda de atender las alertas tempranas de infrapatrimonialización del ente. Por otra parte deberá considerarse si el administrador cumplió sus obligaciones de “resultado no asegurado”, formalizando el balance en los plazos previstos por la ley –justamente para generar alertas tempranas y evitar la multiplicación de daño a la sociedad, socios y terceros-, y si los socios de control consintieron esa omisión a deberes inderogables. **De todas formas se advierte de parte de la representación organica de la relación de organización personificada una conducta por lo menos omisiva en el sistema normativo de las sociedades.**

En nuestra legislación la norma imperativa societaria del art. 99 LGS y el art. 167 CCCN impone la responsabilidad tanto al administrador como al socio que tiene poder en el control de la actividad. **Lo que llama a reflexionar la desatención de doctrina y jurisprudencia para atribuir la responsabilidad por daños que predicamos.**

Sólo echando una mirada a los Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación expuestos por la Comisión redactora nos daremos cuenta y entenderemos hasta qué punto la convergencia es el nuevo paradigma y la responsabilidad objetiva ha abierto su cauce para contemplar muchas más situaciones que las que estábamos acostumbrados a asimilar dentro de este concepto.

Así respecto de la extensión de responsabilidad se ha pronunciado considerando que:

Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que en determinados supuestos la ley lo determine. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras. Además, en el Código se contemplan otros casos de desplazamiento del principio general, a fin de tutelar situaciones especiales como las de ciertas clases de acreedores involuntarios o manifiestamente desprovistos de cualquier poder negocial que les hubiera podido permitir acotar los riesgos de la contratación u obtener determinadas garantías. Con ello debe preverse la posibilidad de sancionar en el plano patrimonial conductas de indebida traslación del riesgo empresarial a terceros “débiles” o que, por las circunstancias mismas del nacimiento de su derecho, no han contado con posibilidades previas de defenderse³⁸.

³⁸ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal página 551

Y sobre la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa se pronunció³⁹:

Una de las discusiones en este tema giró alrededor del posible impacto que esta norma de cierre del sistema podría tener sobre la aplicación analógica de un factor objetivo de atribución. Si hay un supuesto en que hay una cosa o una actividad riesgosas, nada impide la aplicación de la analogía, porque implica definir un supuesto de hecho similar al contemplado en la norma. En cambio, cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la culpa. En este sentido, es conveniente proyectar una norma que consagre la culpa como factor de atribución residual.

El apartamiento de normas imperativas lleva a la responsabilidad de administradores –e inclusive de socios-, y se acentúa frente a esas crisis patrimoniales de la sociedad, o sea en casos en que se produce una imposibilidad sobreviniente de cumplir con el objeto social por cuestiones financieras, económicas o patrimoniales –lo que engloba las causales de disolución de los ap. 4 y 5 del art.94 LGS-, que deberían ser afrontadas conforme las opciones imperativas que fija el art. 96 LGS, que no impone plazo alguno de resolución abren la causal de responsabilidad prevista **ex lege** en el art. 99 LGS.

Correlativamente, desde las finanzas corporativas, se bosqueja que en una sociedad "in bonis" el riesgo empresario está en cabeza de los socios, pero limitan efectos considerando que sólo ellos pueden iniciar acciones de responsabilidad contra los administradores sociales, intentando acotar la acción individual. Pero cuando la sociedad es insolvente (y es necesario distinguir cesación de pagos de insolvencia, eventualmente insolvencia financiera de insolvencia patrimonial), lo que acaece es una transferencia del riesgo empresario de los socios (que limitarían –lo decimos en potencial- sus pérdidas a lo aportado, conforme al tipo societario) a los acreedores. Ese es el motivo por el cual los acreedores (sea por sí, o a través de la sindicatura **en caso de quiebra**) pueden ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores ante la insolvencia del patrimonio. Además, en ese contexto de infrapatrimonización, indirectamente (razonan economistas), la propiedad se transfiere de los accionistas a los acreedores. Es que atendiendo a la responsabilidad de administradores por el déficit concursal⁴⁰, en razón del incumplimiento de las obligaciones inherentes a sus atribuciones, han colocado a los acreedores y a la sociedad deudora en una compleja

³⁹ Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 1ra. edición - Agosto 2012 Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal página 682

⁴⁰ LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016.

situación económica, recordando que el riesgo en el caso de crisis de personas humanas es de los acreedores, pero en el caso de personas jurídicas sociedades es de sus socios conforme conclusiones del “Grupo de Alto Nivel de Expertos en Derecho de Sociedades, presidido por Jaap Winter, con el objetivo de iniciar una discusión sobre la modernización del Derecho de Sociedades y elaborar recomendaciones destinadas a crear un nuevo marco regulador, **de tutela de la empresa viable, no de los intereses de los socios.**

Es coherente con ello lo dispuesto por el art. 99 LGS. La posición se ajusta a través de la posición, muy compartida, que los administradores deben siempre actuar en el interés social, y así se protege a los acreedores, pues los socios en el derecho americano son acreedores subordinados, se habla en interés de los *stakeholders* y no de los *shareholders*, socios.

El derecho societario y el derecho falimentar se influyen recíprocamente, bajo las reglas del *corporate government*, imponiendo ante la pérdida total o parcial del capital social la convocatoria a asamblea, configurando el “leitmotiv” de la “profilaxis de la insolvencia” el asegurar la estabilidad de la empresa, adoptando las medidas de saneamiento⁴¹. **Nuestra vieja ley societaria del 72 contenía y contiene el mejor sistema de preconcursalidad y alertas tempranas.**

Omitir las vías preconcursales societarias, para intentar las de reactivación en una presentación en concurso permite avizorar el nacimiento de acciones de responsabilidad. El informe general del síndico u otros elementos agregados al juicio concursal podrán acreditar el incumplimiento de los deberes societarios del administrador, y fundar la promoción de acciones de responsabilidad individuales por parte de acreedores **dañados**. Particularmente aquellos no informados con los que contrataron estando la sociedad en cesación de pagos. Este informe general en el concurso facilita la prueba de los extremos que podrán invocar esos acreedores, que -en otros casos- puede ser bastante difícil, como se señala en la doctrina de los Estados Unidos de Norteamérica⁴².

Doctrina española señala “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 de concurso (conocidos como institutos preconcursales), es

⁴¹ SPOLIDORO, M. S. comentando la tesis de Alexandros N. ROKAS *Die Insolvenzprophylaxe als Bestandteil der Corporate Governance im deutschen Aktienrecht*, Baden Baden, Nomos 2012, en *Rivista delle Società* año 57°, noviembre-diciembre 2012 fas. 6°, pág. 1353.

⁴² Entienden los autores norteamericanos sobre la incerteza de acciones de responsabilidad de administradores y confirmando las obligaciones de alegar y probar a cargo de los actores que hacen extremadamente gravosas estas acciones. RIBSTEIN L. *Another perspective on Citigroup and AIG* en “blogs.law.harvard.edu”.

precisamente la previsión en nuestra LC de capitalización de créditos, en su terminología anglosajona *debt equity swap*, como posible integrante de los acuerdos preconcursales⁴³. Continúa: “también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura del déficit concursal resultante de la liquidación”. Sigue la colega “la intención de nuestro legislador es impulsar, casi a toda costa, la capitalización tanto en sede concursal como preconcursal, ya que se ha mostrado idónea como medida de saneamiento financiero, especialmente para la superación de crisis empresariales. En efecto, además de producirse un incremento del patrimonio neto, evitando caer en una situación de disolución por pérdidas, genera un incremento de liquidez, reduce costos financieros derivados de la satisfacción de los créditos y mejora la *ratio* de endeudamiento, por cuanto le permite, aplicar para otros fines fondos que habría de destinar al pago de las deudas que se extinguen por la capitalización. A su vez ello se sitúa en la base de las expectativas de beneficios para los socios...también es posible que surja un auténtico mercado de créditos que lleve a la adquisición derivativa de éstos por parte de quien persigue a través de ello rentabilizar dicha adquisición una vez restablecida la viabilidad económica de la sociedad”.

Es el sistema previsto por los arts. 96 y 197.2 LGS, que elimina cargas impositivas, libera a fiadores y otros deudores solidarios, y ahuyenta las acciones de responsabilidad.

IV. CONCLUSIONES

La integración normativa luce necesaria **e impuesta normativamente**. Así ante la situación de infrapatrimonialización del ente se aplica en primer término la norma imperativa de la Ley General de Sociedades, es decir art. 99 LGS. Atento la poca claridad del texto, no existiendo acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia se integra con el art. 167 del Código Civil y Comercial de la Nación conforme lo dispuesto por el art. 150 CCCN que responsabiliza tanto a administradores como a socios controlantes por las obligaciones sociales.

Generado el daño a los terceros debe considerarse posible la aplicación de lo dispuesto por los artículos 1757 y 1758 CCCN atento la prelación normativa del art. 1709 CCCN en materia de responsabilidad societaria teniendo en cuenta que la sociedad infrapatrimonializada, que sigue actuando y contrayendo obligaciones, convierte a los acreedores en inversores sin derecho al trasladarles el riesgo empresarial que deben sufrir

⁴³ Ascensión Gallegos Córcoles “La capitalización de créditos mediante aumento del capital social”, Madrid 2019.

los socios atento que a su cargo deben considerarse las pérdidas de la sociedad (principio rector societario que surge de los artículos 1, 13 y 96 LGS).

Algo que parece tan simple, particularmente después del advenimiento del CCCN, parece resistido en la idea que las crisis de sociedades deben ser resueltas con sacrificio de los acreedores, tratándolos como si fueran socios que deben asumir pérdidas, pero sin derechos societarios.

**LA REORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA UNPERSONAL EN EL MARCO
DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA LEY DE IMPUESTO A LAS
GANANCIAS ¿ES NECESARIO EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY DE
TRANSFERENCIA DE FONDOS DE COMERCIO?
BURGHINI, Leopoldo Octavio y POLETTI, Laura**

Resumen o sumario:

Las compañías varían sus necesidades de organización conforme transcurre el tiempo y aparecen necesidades determinadas que las obligan a pasar por una reorganización.

Usualmente, la reorganización de una empresa aborda el componente de eficiencia en un intento de aumentar las ganancias. De hecho, muchas corporaciones comienzan como sociedades simples o de personas y, en la medida en que van creciendo, adoptan uno de los tipos societarios de capital, hay miles de supuestos en la Economía Argentina, el mundo Pyme y el de las Empresas Familiares.

Aquí analizamos los requisitos legales, formales y fiscales que se han ido plasmando en las normas, la doctrina y la jurisprudencia, en atención a realizar de manera más eficiente y profesional el asesoramiento en la materia.

Introducción: *La reorganización, sea en forma de transformación, fusión, adquisición, escisión, constituyen instituciones legales que permiten a las empresas adaptarse a los cambios que se producen en la actividad económica; exigen transitar un camino detalladamente señalado por la ley y las normas reglamentarias, y producen efectos sobre los socios, la sociedad y los terceros.*

Es muy importante el rol y la función humana y profesional en la implementación práctica de estas herramientas, ya que son remedios jurídicos muchas veces a situaciones de crisis o crecimiento, con gran impacto en las personas.

Los procesos de reorganización societaria –desde el plano legal- están regulados en las secciones X a XII del capítulo I de la Ley General de Sociedades y son la transformación, la fusión y la escisión. También podemos encontrarlas en Empresas Unipersonales, cuestión en la que nos detendremos en el presente trabajo.

Las compañías varían sus necesidades de organización conforme transcurre el tiempo y aparecen necesidades determinadas que las obligan a pasar por una reestructuración. Usualmente, la reorganización de una empresa aborda el componente

de eficiencia en un intento de aumentar las ganancias. De hecho, muchas corporaciones comienzan como sociedades simples o de personas y, en la medida en que van creciendo, adoptan uno de los tipos societarios de capital, hay miles de supuestos en la Economía Argentina, el mundo Pyme y el de las Empresas Familiares.

I. La empresa unipersonal. La conveniencia de la reorganización de la empresa unipersonal en sociedad tipificada legalmente y la cuestión fiscal a tener en cuenta

La persona humana que ha optado inicialmente por desarrollar su emprendimiento a título personal también tiene la posibilidad de reorganizar su empresa en una sociedad.

Esto es conveniente, porque le permite a la empresa unipersonal mejorar su posición ante las entidades financieras, que son reacias al otorgamiento de créditos de largo plazo cuando el titular de la empresa ha adquirido determinada edad, también en supuestos que quiera postularse como proveedora de diferentes entidades, es como mejor vista, además de llevar contabilidad, posee balances y es una sociedad persona jurídica diferente al socio.

Asimismo, le permite al empresario proyectar la sucesión de la empresa de acuerdo a los derechos que el nuevo CCCN contempla (art. 1010). De otro costado, en el caso de reorganizaciones que implican asociarse con otras personas, le permite mejorar Incrementar resultados, Reducir y optimizar costos y Ganar mercado, entre otras.

Ahora bien, la reorganización de la empresa unipersonal en sociedad conlleva, en principio, el pago de impuesto a las ganancias, por cuanto fiscalmente se tratará de una venta de un sujeto –la empresa unipersonal– a otro –la sociedad–. Sin embargo, la Ley de Impuesto a las Ganancias (en adelante, *LIG*) contempla la posibilidad de acceder a la neutralidad fiscal de dichas transferencias con la finalidad de que el sistema tributario no se sea un obstáculo para estos negocios, al darles el carácter de operación gravada e impedir de ese modo que, por razones de costo fiscal, se lleven adelante reorganizaciones cuyo resultado podría ser el mejoramiento de la productividad⁴⁴.

II. El proceso de reorganización de la empresa unipersonal en el marco de la Ley de Impuesto a las Ganancias

a. La reorganización de la empresa unipersonal como conjunto económico

⁴⁴ CSJN. 2.3.2011. "Frigorífico Paladini S.A. c/ AFIP s/ demanda". Fundamentos de la Procuración General de la Nación. DSCE, On line, EOLJU155780A

El art. 80 inc. c) *LIG* establece que se entiende por reorganización “*Las ventas y transferencias de una entidad a otra que, a pesar de ser jurídicamente independientes, constituyan un mismo conjunto económico*”, pero es el art. 172 inc. c) *DRLIG* el que nos indica que debemos entender por “conjunto económico”. La norma nos dice que existirá conjunto económico: “*cuando el OCHENTA POR CIENTO (80 %) o más del capital social de la entidad continuadora pertenezca al dueño, socios o accionistas de la empresa que se reorganiza. Además, éstos deberán mantener individualmente en la nueva sociedad, al momento de la transformación, no menos del OCHENTA POR CIENTO (80 %) del capital que poseían a esa fecha en la entidad predecesora.*”

En relación con el término entidad o empresa, el fisco la define como la “Organización industrial, comercial, financiera, de servicios, profesional, agropecuaria o de cualquier índole que, generada para el ejercicio habitual de una actividad económica basada en la producción, extracción o cambio de bienes o en la prestación de servicios, utiliza como elemento fundamental para el cumplimiento de dicho fin la inversión del capital y/o el aporte de mano de obra, asumiendo en la obtención del beneficio el riesgo propio de la actividad que desarrolla”⁴⁵.

Avanzando un paso más en la misma senda, el fisco ha entendido que las ventas y transferencias en conjunto económico deben comprender un conjunto de bienes, universalidades de derecho o de hecho, que conlleven la reorganización de una empresa e incluso que dichas transferencias “...no puede(n) referirse a otra cosa que a las ventas de fondos de comercio”⁴⁶.

b. La obligación de acreditar la inscripción en el Registro Público de la transferencia del fondo de comercio en el plano fiscal: *DRLIG* y la RG 2513

El art. 172 *DRLIG* en su última parte establece que “*Para que la reorganización de que trata este artículo tenga los efectos impositivos previstos, deberán cumplimentarse los requisitos de publicidad e inscripción establecidos en la Ley N° 19.550 de sociedades comerciales y sus modificatorias. Las disposiciones del presente artículo serán también aplicables, en lo pertinente, a los casos de reorganización de empresas o explotaciones unipersonales.*”

De su lado, la RG 2513 AFIP en su Art. 5°, Anexo II, punto c) 3) establece que se deberá acompañar: “*Copia de la constancia de haber cumplido el requisito de publicidad establecido en la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales y sus modificatorias y/o en la Ley N° 11.867.*”

⁴⁵ Dictámenes N° 5/06 y 25/10 (DI ATEC).

⁴⁶ Dictamen DAT. DGI. 30/2000.

La exigencia de acompañar las constancias de haber dado cumplimiento a la Ley 11.867 (en adelante, *LTFC*) fue controvertida por los contribuyentes, porque dicha obligación ha sido emitida por el fisco en exceso de sus facultades reglamentarias, por cuanto, so pretexto de establecer los “plazos y condiciones” del deber de comunicación, incorpora un nuevo requisito para tener por configurada una reorganización libre de impuestos que no se encuentra previsto en la normativa que reglamenta.

Recientemente, la CSJN ha declarado inconstitucional la exigencia. En el marco de los autos “Rina Iberia SL Suc. Argentina c/ AFIP – DGI s/ Dirección General Impositiva” la CSJN dictó sentencia el 28.6.2022, confirmó el fallo de la Cámara, y sostuvo que: “...el art. 7º de la resolución general 2513/08, en cuanto dispone que la obligación de comunicación prevista en el art. 77, tercer párrafo, de la ley del impuesto a las ganancias y en el art. 105 de su decreto reglamentario se consideraría incumplida si, en los casos de “venta y transferencia entre entidades jurídicamente independientes que constituyen un mismo conjunto económico” no se aportase “copia de la constancia de haber cumplido el requisito de publicidad establecido en la ley 19.550 de Sociedades Comerciales y sus modificatorias y/o en la ley 11.867” (conf. Anexo II, inc. c, punto 3) “agrega una condición que no está prevista en la ley, y que por lo tanto no puede impedir el ejercicio del derecho que el ordenamiento legal confiere al contribuyente”.

En la misma senda, el máximo tribunal recordó que la inconsecuencia del legislador no se presume y que “...de la atenta lectura del art. 77 de la ley del gravamen, del art. 105 de su reglamento, y de lo establecido en los arts. 83 y 88 de la ley 19.550 – en cuanto solo exigen el requisito de “publicidad e inscripción” en los casos de escisión y fusión de sociedades- se puede advertir, sin hesitación, que dichos recaudos no están previstos en la ley del impuesto para las transferencias de fondos de comercio establecidas en la ley 11.867.”

La CSJN añadió, asimismo, que sostener que “el requisito de publicidad e inscripción de las transferencias aludidas en la ley 11.867 tiene por finalidad la protección de terceros ajenos a la relación jurídica de las partes intervinientes, circunstancia que no parecería operar en el caso toda vez que, al ser los mismos titulares los de ambas empresas, no cabía posibilidad de ocasionar perjuicios a terceras personas.”.

En relación con el fallo, entendemos que se impone la necesidad de precisar un punto, porque –según nuestro parecer– aquél solo aplica cuando la causa de la transferencia es una compraventa, pero no cuando se trata de un aporte de capital.

c. La causa de la transferencia en la reorganización de la empresa unipersonal.

La causa de la transferencia y la contraprestación recibida por el transmitente en una reorganización por conjunto económico despertó controversia interpretativa en materia fiscal. El Fisco sostuvo desde antaño que la causa de las ventas y transferencias en conjunto económico, esto es, de la transferencia del fondo de comercio debía hallarse

necesariamente en la constitución de una sociedad o en el aumento de capital de la misma. El organismo fiscal sostenía que, para la procedencia de la franquicia fiscal, la LIG exige que la contraprestación consista en la entrega de acciones o títulos representativos del capital de la entidad adquirente, y no en la entrega de dinero, porque de lo contrario se altera el patrimonio de la empresa receptora; y se ven afectados los resultados impositivos de la empresa. Sin embargo, la CSJN zanjó la discusión y estableció que *“la exigencia relativa a que la contraprestación por la transferencia de los activos y pasivos involucrados debe consistir exclusivamente en la entrega de títulos representativos del capital de la sociedad adquirente -y no en dinero- resulta violatoria del principio de legalidad que rige en materia tributaria pues constituye un requisito no contemplado por el régimen legal que exceptúa a dichas operaciones del pago del tributo y que establece el traslado de los restantes beneficios impositivos allí contemplados.”*

Pues bien, está claro que cuando se trata de una venta –como era el caso de Rina Iberia– la exigencia del Fisco es inconstitucional, como bien lo señaló la CSJN, ya que el art. 105 (hoy, 172) DRLIG solo impone cumplir con la *“publicidad e inscripción establecidos en la Ley General de Sociedades No 19.550, T.O. 1984 y sus modificaciones.”*

Ahora bien, cuando la causa de la transferencia no es una venta, sino un aporte de capital a una sociedad, sea en su acto constitutivo o a través de un aumento de capital, el requisito de acompañar la inscripción de la transferencia de fondo de comercio es exigible y no es inconstitucional.

El fundamento de nuestro planteo radica en que el art. 44 LGS establece expresamente: *“Tratándose de un aporte de un fondo de comercio, se practicará inventario y valuación, cumpliéndose con las disposiciones legales que rijan su transferencia.”* De la norma citada surge que cuando *se aporta* un fondo de comercio a una sociedad, se debe cumplir la ley 11.867 (norma que rige la transferencia de un fondo de comercio), por lo que la exigencia del fisco en estos casos vendría impuesta de manera derivada.

En efecto, si el art. 105 (hoy 172) del DRLIG exige cumplir con la *“publicidad e inscripción establecidos en la Ley General de Sociedades No 19.550, T.O. 1984 y sus modificaciones.”* y la LGS establece que cuando se aporta un fondo de comercio a una sociedad se debe cumplir con la ley 11.867, la exigencia de acompañar la inscripción de la transferencia contaría con fundamento normativo. En este punto, la limitación que hace la CSJN a la publicidad e inscripción exigida por la LGS al ceñirla solo a los arts. 83 y 88 (supuestos de escisión y fusión) encontraría un claro valladar en el art. 44 LGS, que impone la inscripción de la transferencia de fondo cuando la transferencia encuentra su causa en un aporte de capital.

III. REQUISITOS A TENER EN CUENTA:

Entonces, para que la reorganización de la empresa unipersonal tenga los efectos impositivos establecidos por la LIG y su decreto reglamentario deberán cumplirse los siguientes requisitos:

(i) **Mantener la actividad:** por un plazo de dos años contados desde la fecha de reorganización la entidad continuadora debe proseguir con las actividades de la empresa reorganizada, dentro del mismo ramo.

(ii) **Mantener capital:** a la fecha efectiva de reorganización, el titular de la que se reorganiza, deberá tener al menos un 80% del capital o del patrimonio de la entidad continuadora.

(iii) **Permanecer con la participación en el capital:** el titular de la empresa antecesora deberá mantener durante un lapso no inferior a dos años, contados desde la fecha efectiva de reorganización, un importe de participación en el capital de la empresa continuadora, no menor al 80% del capital que posea en la empresa antecesora a la fecha de reorganización.

(iv) **Cumplimiento de requisitos formales:** la operación debe comunicarse a la AFIP-DGI dentro de los 180 (ciento ochenta) días corridos contados desde la fecha efectiva de la reorganización según lo dispuesto en la Resolución General (AFIP) 2513, y cumplirse los requisitos de publicidad e inscripción establecidos por la normativa societaria, que comprenden en nuestra interpretación el proceso de la Ley de Transferencia de Fondo de Comercio cuando la causa de la transferencia sea un aporte de capital.

Recordemos que no son exigibles en estos supuestos los requisitos de que las empresas se encuentren en marcha y hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas, que si corresponden para los supuestos de fusión y escisión de empresas ⁴⁷.

Asimismo, y si bien no incide en el carácter “libre de impuestos” de la reorganización (para lo cual basta el cumplimiento de los requisitos hasta aquí reseñados), existe un requisito adicional a cumplir para el caso que se pretenda transferir a las entidades continuadoras los quebrantos impositivos acumulados no prescriptos y franquicias impositivas pendientes de utilización originadas en el acogimiento a regímenes especiales de promoción:

⁴⁷ Asorey, Rubén O. Asorey, Fatima. Reorganizaciones empresariales libres de impuestos. 2da Ed. La Ley. p. 238

(v) **Participación previa en el capital:** por un plazo de dos años anteriores a la fecha de la reorganización, los titulares de las empresas antecesoras deben haber mantenido al menos el 80% del capital de las empresas reestructuradas a fin de trasladar quebrantos acumulados y mantener franquicias impositivas de regímenes de promoción.

El incumplimiento de este requisito únicamente afectaría la posibilidad de trasladar quebrantos o franquicias pendientes de utilización, pero no produciría el decaimiento de los beneficios de la reorganización libre de impuestos.

IV. Conclusión

En función de lo expuesto, cuando se trata de una reorganización de una empresa unipersonal en una sociedad y los bienes son transferidos mediante el concepto de un aporte de capital, si se pretende transitar sin mayores sobresaltos –léase, sin tener que litigar durante años hasta llegar a la CSJN para obtener una resolución favorable– un proceso complejo como el que estamos comentando, esto es, una transferencia en conjunto económico, que debe ser evaluada por el fisco, evidentemente, a la hora de la planificación es imperativo proyectar el cumplimiento, tanto de la *LTFC*, como de la norma reglamentaria.

Cabe destacar que en la Provincia de Santa Fe, cuando hemos trabajado en este tipo de reorganizaciones, el Registro Público de Rafaela, nos ha solicitado cumplimentar con la *LTFC*.

**LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES SOCIETARIOS
FRENTE A LA I.A.
CALCATERRA, Gabriela**

Sumario: los cambios que afectan al derecho societario como consecuencia del avance tecnológico nos llevan a reafirmar los criterios de imputación de responsabilidad de los administradores societarios tanto en el caso en que actúe por sí mismos con asistencia artificial como frente al inminente supuesto en que deleguen tal función en ésta.

1. Introducción

Los aspectos vinculados a la responsabilidad de los administradores societarios han ocupado a la doctrina desde siempre y son objeto de constante evolución.

En el derecho argentino la ley 19.550 estableció sin dejar lugar a dudas que el factor de atribución es subjetivo, fundado en el dolo o la culpa, al definir que los administradores societarios responderán por mal desempeño cuando su conducta se aparte del deber de lealtad y de diligencia propia de un buen hombre de negocios (art. 59) y en particular con criterio aceptado por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia de nuestro país pacíficamente, para los directores de sociedades anónimas (art. 274) gerentes de sociedades de responsabilidad limitada (art. 157) y administradores de S.A.S. (art. 52 ley 27349), por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Este régimen de responsabilidad de los administradores es autosuficiente e imperativo y remite al régimen general de responsabilidad que regula el Título V, Capítulo I del Código Civil sólo en cuanto no está regulado en la ley Especial 19.550 y sin posibilidad de ser alterado sino sólo complementado por éste.⁴⁸

⁴⁸ Así se desprende de lo dispuesto por el art. 150 CCCN.

Paralelamente, en la evolución de este instituto, a finales del siglo XIX, la jurisprudencia de E.E.U.U.⁴⁹ incorporó la que hoy conocemos como Regla de la Discrecionalidad Empresarial, que luego se extendió a otros países por vía legal.⁵⁰

Como resultado de la evolución de este instituto en el derecho comparado, en el proyecto de reformas a la ley 19.550 presentado al honorable Congreso de la Nación en el año 2019 propusimos una reformulación de estos parámetros siguiendo los postulados de la doctrina del Business Judgment Rule sin alterar el criterio de atribución subjetiva que prima en nuestro derecho.⁵¹

2. La actuación de los administradores societarios ante la I.A.

En este contexto y ubicándonos como ejemplo en el directorio como ámbito de actuación de los administradores societarios, la inteligencia artificial puede influir por dos vías diferentes: la primera, actual y evidente pero a la vez más difícil de desmenuzar en su contenido, que la dimensión en que la IA actúa al servicio del desempeño de los directores y la segunda, para algunos más sorprendente y claramente incipiente, es la de la incorporación a los directorios de humanoides o robots dotados de I.A. y programados para desempeñarse en esa sociedad y en ese rol.

2.1. La I.A. al servicio del desempeño de los directores

Los beneficios de contar con la asistencia de la I.A. son claros: al recibir un cúmulo de información nunca antes visto, debidamente procesado, permite identificar oportunidades de negocios y optimizar el uso de los recursos financieros al poder prever y monitorear posibles escenarios económico financieros y lograr así una planificación

⁴⁹ A través de la construcción jurisprudencial de EEUU iniciada a fines del siglo XIX, el principio de Business Judgment Rule (Regla de la discrecionalidad empresarial) se fue planteando con diferente alcance en sucesivos pronunciamientos jurisprudenciales, siendo el primero de ellos el dictado por un Tribunal de Circuito de los Estados Unidos para el Distrito de Ohio, en el caso Dodge v. Woolsey, 59 U.S. 18 How. 331 331 (1885).

⁵⁰ Art. 226 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital de España, (Real decreto 1/2010) por ejemplo.

⁵¹ Ello no obstante, existen voces aisladas que en aras de ofrecer una solución más justa ante el traslado del riesgo empresarial a los acreedores sociales en caso de insolvencia (derivado del régimen de separación patrimonial propio de la atribución de personalidad jurídica a las sociedades y de la limitación de responsabilidad de sus socios) ha venido intentando redireccionar el factor de atribución de responsabilidad subjetivo hacia el objetivo, invocando la aplicabilidad de las normas contenidas en el art. 1722 y ccs del C.C.N. a partir de una inadecuada – a mi juicio- interpretación del art. 1757 CCC cuando se refiere a la responsabilidad por riesgo de la cosa. Al respecto, echa luz, como siempre, el maestro Richard Efraín, Hugo Richard. en El equilibrio en la legislación societaria y concursal uruguaya: la preconcursalidad extrajudicial” en Estudios de Derecho Empresario, p 7 al decir que “...**no hay responsabilidad por riesgo empresarial** (pero sí por violar normas legales imperativas e intentar transferir riesgos a terceros (la negrita nos pertenece).

estratégica de mayor calidad: los directores tendrán a su alcance, incluso, la posibilidad de mejorar el cumplimiento de su deber de informar a los socios.

Contribuye, también, a supervisar y garantizar el cumplimiento normativo dada su posibilidad de analizar grandes cantidades de datos en tiempo real, identificar anomalías, patrones sospechosos o incumplimientos de políticas, y alertar al directorio sobre posibles riesgos o problemas.

En suma, los usos innovativos de los instrumentos de la I.A. están en el soporte ofrecido en la definición y actuación de las estrategias de gestión.⁵²

Cuando estas decisiones son estratégicas o altamente relevantes, despiertan el interrogante acerca de quién será responsable si la decisión adoptada resulta inapropiada puesto que allí no entra en juego solamente la “culpa” del administrador en cualquiera de sus variantes (in eligendo, in vigilando, in contrahendo) sino también la de quien haya ejecutado la tarea de programar y cargar los datos y algoritmos de la I.A.

En este contexto, es importante que los directores estén suficientemente capacitados para comprender el funcionamiento de los algoritmos ya que la decisión que adopten siempre debe ser informada, lo que alcanza no sólo el contenido de la información tan amplia y útil que le brinda la I.A. sino también, y prioritariamente, el procedimiento y la forma en que la herramienta de I.A. de la que se vale usa para la carga y procesamiento de los datos pues responderá de todo sesgo que la afecte.

Por ende, se suma al contenido del deber de conducta de los administradores, el de supervisar el uso de la IA en la empresa garantizando que responda a las disposiciones legales, estatutarias y reglamentarias vigentes y respete los procedimientos internos de la sociedad, pues responderá por los daños que se produzcan por el apartamiento de los postulados éticos, legales o de procedimiento no sólo conocidos hasta hoy, sino los que rigen de manera específica para el funcionamiento de la IA dentro de la empresa, por haberse apartado del deber de actuar con diligencia.

Sin embargo, el hecho de que el administrador cuenta con toda la información existente en el sistema no modifica el factor de imputación de su responsabilidad que seguirá siendo subjetivo dado que su obligación no se convierte en la de obtener resultados dentro del contexto de su deber de diligencia.

Una referencia aparte merece el análisis del deber de lealtad, siempre interpretado con mayor rigor pues podría ponerse en duda la independencia de los administradores que en su propia función usen un software desarrollado por la propia sociedad y según las indicaciones de ellos mismos dieron. Esta información, sesgada por

⁵² ABBRIANI, N. y SCHNEIDER, G “Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech allá Corptech”, il Mulino. Bologna, 2021, p.

el propio administrador, podría sumar nuevos supuestos de riesgos para la empresa en beneficio, o o, del propio administrador.

2.2. La inteligencia artificial en el rol de administrador

En 2014 nos sorprendía una noticia aislada: un robot llamado Vital se incorporaba por primera vez al directorio de la compañía Japonesa Deep Knowledge y se lo dotaba de un voto igualitario al de los directores humanos en la toma de decisiones financieras de la firma⁵³. Vital fue elegida por su habilidad para captar las tendencias de mercado que no son obvias para los humanos. El objetivo a largo plazo era que pudiera operar automáticamente en la adopción de decisiones de inversión y se le asignó la tarea de crear complejos árboles y mapas mentales que muestran riesgos y retornos después de cruzar la información, y los resultados se aplican en cada etapa de la evolución de la empresa.⁵⁴

El gran tema es quién responde por la actuación de estos directores no humanos ni siquiera personas jurídicas (porque aún no se los reconoce como tales).

Contractualmente, quedan fuera de los seguros de responsabilidad civil por su condición no humana que les impide contratar servicios.

Hoy perduran límites normativos para la designación de la IA como director porque las leyes requieren que sean personas físicas y límites tecnológicos, pero entiendo que ambas limitaciones pueden superarse por lo que debemos comenzar a pensar en estos temas.

Las empresas tecnológicas que creen estos directores estarán poniendo directores a otras sociedades ¿sería este un supuesto de control externo de hecho alcanzado por el art. 33 ley 19.550?. La responsabilidad del director ¿podría recaer sobre la persona jurídica que preste servicio de IA?

Estos temas van siendo objeto de atención de las propuestas de Directivas de la Unión Europea y normas internas de los países de la Unión Europea, se procura evitar el riesgo de manipulación de datos personales y exposición de datos de los socios y terceros a través de procedimientos que apuntan a garantizar un comportamiento ético y responsable en la implementación de la I.A. pero aún no hay planteos concretos en

⁵³ ZOLFAGHARIFARD, E. "Would you take orders from a ROBOT? An artificial intelligence becomes the world's first company director", Mail Online, 19 de mayo de 2014

Los expertos dicen que el cerebro humano genera emociones mediante la integración de diferentes porciones de información pero siempre teniendo en cuenta un contexto determinado y, a veces, esas porciones de información no se pueden romper en piezas más pequeñas, que es como las procesaría una máquina. De todas maneras, el debate está abierto.

⁵⁴ https://www.revistacredencial.com/noticia/tecnologia/mi-jefe-es-un-robot_publicado_en_la_edición_impresa_de_julio_de_2016_de_Revista_Credencial

materia de responsabilidad de los administradores totalmente configurados como I.A.⁵⁵ aunque no se advierte una proyección hacia extender esa responsabilidad a los sujetos que participan del proceso de configuración y guíen el funcionamiento del robot.

3. El riesgo empresarial y la I.A.

La posibilidad siempre latente de que los algoritmos influyan en la adopción de decisiones perjudiciales para la sociedad por manejar sesgos inapropiados o tener información incompleta o errónea suma un nuevo componente a la noción de riesgo empresarial.

La doctrina especializada ha llegado a distinguir entre riesgo inaceptable, aceptable y bajo para ponderar este impacto de la I.A. en los procesos internos de la sociedad.

Al respecto, un nuevo supuesto de responsabilidad por culpa se podría configurar si los directores no realizan un seguimiento y evaluación adecuada del funcionamiento de los algoritmos o no insta los medios para prevenirlo o evitarlo o al menos minimizarlo.

En este sentido, las escasas regulaciones vigentes hasta el momento, hacen hincapié en la necesidad de garantizar la transparencia acerca de cómo se utilizan los algoritmos y en cómo se llega a determinadas decisiones pues el sesgo algorítmico se ha convertido en una cuestión de ética empresarial.

Para ello, dentro de la profesionalización de los directores estará el deber de capacitarse adecuadamente para comprender cómo funciona la IA y cómo se debe utilizar de manera ética y responsable sin que nada de ello arrastre a interpretar que este nuevo riesgo, como ningún otro riesgo empresarial pueda ser configurativo de supuestos objetivos de responsabilidad.

⁵⁵ A lo largo de estos años se han dictado tanto en Europa como en EEUU numerosas propuestas y reglamentos tendientes fijar que se cumplan procedimientos internos para garantizar la ética, evite la manipulación de datos personales y la adecuada tutela del interés de los socios y de los terceros. A título de ejemplo podemos mencionar con alcanza en la órbita de la actuación de instituciones públicas y privadas: la Propuesta de Reglamento de la Inteligencia Artificial (Documento 52021PC0206), el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial. COM 2020/65 – final 19/02/2020; European Data Protection Supervisor y en nuestro país, la Disposición emanada de la Jefatura de Gabinete de Ministros 2/2023 del 2 de junio de 2023.

LA ABSURDA OBLIGATORIEDAD DE DESIGNAR UN DIRECTOR SUPLENTE CUANDO SE PRESCINDE DE LA SINDICATURA

COMESAÑA, Giselle Soledad

SUMARIO: El objetivo de esta ponencia es realizar un análisis sobre la superflua obligación de designar un director suplente en el caso de las sociedades que pueden prescindir del órgano de sindicatura. Pues, sin perjuicio de que siempre existió la posibilidad de solicitar la convocatoria a asamblea por la vía judicial y/o administrativa, actualmente con el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), los accionistas cuentan con la facultad de autoconvocarse, dejando de este modo sin sentido el único motivo por el cual la designación de un director suplente en una sociedad anónima cobraba relevancia.

Introducción.

Como es sabido, el artículo 258 de la Ley N° 19.550 (en adelante “LGS”) dispone la obligación de designar un director suplente en las sociedades que cuentan con la facultad de prescindir del órgano de sindicatura, es decir, para el caso de las sociedades que no se encuentran sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 299 de la LGS.

Ahora bien, nos preguntamos cuál es el sentido de obligar a una sociedad a designar a un director suplente, cuando el mismo no tiene responsabilidades ni derechos. Por el contrario, el director suplente cuenta con obligaciones y derechos cuando deja de ser tal y asume la titularidad.

Inexistencia de obligaciones y derechos del director suplente.

Desde ya, y como ya se anticipó, los directores suplentes no cuentan con obligaciones ni derechos por reunir la calidad de suplente.

En este sentido, particularmente con relación a la prohibición del director de contratar con la sociedad y al interés contrario, establecidas en los artículos 271 y 272 de la LGS, respectivamente, se sostiene que “la restricción abarca a los directores titulares -no a los suplentes ni al director sobreviniente- (...)”⁵⁶.

⁵⁶ GAGLIARDO, M., “El directorio en la sociedad anónima”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 2a. ed, ps. 478.

Asimismo, acerca del conflicto de interés se afirma que no rige “(...) para los directores suplentes, elegidos para subsanar la falta de los directores - por cualquier causa - art. 258 L.S.-, los que mientras son tales no integran el órgano de administración”⁵⁷.

De igual manera, respecto al mal desempeño del cargo, “el director suplente no se encuentra alcanzado por la responsabilidad del art. 274 de la ley 19550”⁵⁸.

Incluso, se ha dicho que “dado que la responsabilidad funcional del director (cuando ha sido designado como suplente) comienza a partir del momento de su efectiva asunción como director titular, no se encontraban fundamentos para habilitar la condena solidaria contra dicho codemandado, porque, mientras aquella circunstancia no acaezca, no hay responsabilidad alguna en virtud de un cargo que nunca se ejerció”⁵⁹.

Por su parte, con relación a la remuneración se entiende que “el director suplente tiene derecho a partir del instante en que accede de manera efectiva al ejercicio de la función de administrar”⁶⁰, esto es, cuando deja de ser suplente y asume la titularidad. Incluso, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre la “improcedencia de que los directores suplentes pretendan percibir retribución por el hecho de que en tal carácter concurrieron a varias de las sesiones”⁶¹.

En atención a lo mencionado, y de forma coincidente con Vítolo, no hay dudas de que “el director suplente es una persona que no integra el órgano de administración de la sociedad anónima, sino que reviste el carácter de un sujeto que ha prestado su conformidad para integrar el directorio de la sociedad asumiendo el cargo de director titular en aquellos casos en los cuales -en el futuro- se produzca una vacancia en el seno del órgano de administración”⁶².

La única función del director suplente.

En base a lo mencionado, no hay dudas de que el espíritu de la ley al prever la designación obligatoria de un director suplente, en el supuesto de no contar con órgano

⁵⁷ CÁMARA, H., “Los conflictos de intereses entre la sociedad anónima y sus directores en la ley 19.550”, TR LALEY AR/DOC/174/2012.

⁵⁸ CNAT, Sala IV, 27/04/2012, “Neves Patrón Pablo Maximiliano c/ Nilo Verde SA y otros s/ despido”.

⁵⁹ CNTrab., Sala V, 13/12/2011, “Battega, Silvio Fabián c/ 099 Central Monitoreo S.A. y otros s/ despido”.

⁶⁰ GAGLIARDO, M., “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 5a. ed., ps. 1279.

⁶¹ C. Nac. Com., sala B, 17/4/1964, JA, 1964-III-126. Cfr. VERÓN, Alberto V., Tratado de las sociedades anónimas, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 421.

⁶² VÍTOLO, D.R., “Manual de sociedades”, Ed. Estudio, Buenos Aires, 2016, 1a ed., ps. 661.

de sindicatura, ha sido únicamente evitar que el órgano de directorio quede acéfalo en caso de renuncia, incapacidad o fallecimiento del director titular.

En efecto, así es como lo describe precisamente Escuti, “respecto al supuesto reemplazo de los directores por los suplentes, el art. 258 prevé que el estatuto puede establecer la elección de suplentes para subsanar la circunstancia de que falten los directores, lo que es obligatorio en los casos en que se prescinde de sindicatura, ya que -de no ser así- se podría dar la situación de que, ante la falta del directorio, ya sea por muerte o renuncia, se presente una situación de acefalía, y en tal caso no habría quién ejerciera la dirección de la sociedad ni quién convocara a la asamblea para la designación del nuevo. Pero si existiere sindicatura, en caso de vacancia, y si no hay designado un suplente, corresponde al síndico la designación del reemplazante hasta la reunión de la próxima asamblea, siempre que no se previera otra forma en el estatuto”⁶³.

Sin perjuicio de ello, con la entrada en vigencia del CCCN, la única función del director suplente pierde sentido cuando se trata de asambleas en las cuales se cuenta con la participación de la totalidad de los accionistas y las decisiones son adoptadas por unanimidad.

Ello habida cuenta que, el artículo 158, inciso b) del CCCN, expresamente regula la autoconvocatoria al disponer que “*los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario es aprobado por unanimidad*”.

De hecho, en el caso de no contar con la presencia de la totalidad de los accionistas y/o con la unanimidad, desde antes de la entrada en vigencia del CCCN, los accionistas que ostenten mínimamente el 5% del capital social, cuentan con la facultad de solicitar la convocatoria a asamblea por la autoridad de contralor o judicialmente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 236 de la LGS.

Conclusión.

Debido a que en la práctica suele darse la situación en que se torna dificultosa - incluso costosa-, la contratación de un director suplente “por las dudas” para el hipotético caso en que le suceda algo al director titular, la designación de un suplente prevista en el artículo 258 de la LGS no debería ser en todos los casos obligatoria.

Pues, así como el voto acumulativo previsto en el artículo 263 de la LGS -que tiene por objeto otorgar a las minorías representación en el directorio- es un sistema que,

⁶³ ESCUTI, I. A., “Sociedades”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 286-287

ante la inexistencia de conflicto societario se puede prescindir y optar por la elección de un directorio unipersonal, lo mismo podría suceder con la designación del suplente.

En consecuencia, y del mismo modo en que se ha redactado el artículo 157 de la LGS respecto a los gerentes suplentes para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada, en el caso de las sociedades anónimas, los accionistas en forma unánime podrían contar con la facultad de prescindir de la designación de un director suplente.

**MARCO PARA EL DEBATE SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
EN EL ACTUAL SISTEMA SOCIETARIO ARGENTINO. PROPUESTAS DE
MODIFICACION A LAS SAS
CULTRARO, Alejandro Roque**

Tema: Compatibilización de la autonomía de la voluntad del socio en la SAS con las normas imperativas de la ley general.

Subtema: Modificaciones al Capítulo III de la ley 27349.

Sumario:

Hace muchos años que se viene debatiendo en la doctrina nacional la necesidad de introducir modificaciones sustanciales a la Ley 19550 que rigió durante 43 años sólo para las sociedades comerciales y que luego de la Ley 26994 se erigió como un sistema general para todas las sociedades, incluso las calificadas como civiles, excepto que exista una norma societaria especial que la desplace. Pero a la espera de la tan mentada modificación sustancial, referida – incluso – por la Comisión Redactora del Anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial, seguimos a la fecha con un texto legal que básicamente sigue los lineamientos previstos por sus autores en 1972, salvo las modificaciones propiciadas con la unificación.

Así tenemos un sistema societario que no evolucionó porque sigue los lineamientos originarios para lo mercantil pero pretende abarcar mucho más allá de ese ámbito, y que fue pensado para una etapa económica que en el mejor de los casos podría ser conceptualizada como posindustrial, pero que sin dudas es distinta de aquella que hoy verificamos en la realidad. Un sistema que evidencia una estratificación de sus conceptos, que omite toda consideración a los cambios que provoca la economía del conocimiento y que además pretende ser válido para regular toda clase de sociedad está condenado a ser un sistema que ha perdido consistencia como tal.

Frente a ese escenario, en 2017 se sancionó la Ley 27349 de apoyo al capital emprendedor, irrumpiendo en el universo societario un nuevo tipo social: la sociedad por acciones simplificada. Consecuencia: estamos desafiados a repensar la interpretación del sistema societario pues el nuevo tipo social se presenta regulado por una ley especial que se asienta en dos principios básicos (v. gr. la autonomía de la voluntad y el auto organicismo) que de alguna forma colisionan con aquellos otros que ilustra la hoy Ley General de Sociedades.

Lamentablemente el debate en la doctrina derivó en agravios personales innecesarios que turban el intercambio de ideas. Por eso, en el marco descripto, y sin pretensión de dar una solución definitiva, pongo a consideración algunas de las

modificaciones que podrían introducirse a la Ley 27349 respecto de los límites que se reconocen a la autonomía de la voluntad, para superar el acérrimo enfrentamiento doctrinario que poco ayuda a los ciudadanos y al tráfico mercantil que resultan los verdaderos destinatarios de las normas puestas en colisión.

1. PUNTOS DE PARTIDA.

Entiendo conveniente aclarar cuáles son los tópicos que considero necesarios destacar para el análisis que propongo: a) el nuevo impulso que la autonomía de la voluntad adquiere en el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) ante los límites que sigue imponiendo la Ley 19550 (LGS); y b) la creación de un nuevo microsistema normativo societario en el Capítulo III de la Ley 27349 de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE).

Destaco que comenzaré mi análisis aclarando cual es mi interpretación del conjunto de normas que actualmente nos rige en el mundo societario, sin predicar sobre la bondad o conveniencia del derecho vigente o de su acierto o error. Luego propondré algunas modificaciones que considero necesarias a la regulación de la SAS y que – anticipo – no pretenden ser las únicas que haya que adoptar.

2. EL NUEVO IMPULSO QUE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ADQUIERE EN EL CCCN Y LOS LÍMITES QUE SIGUE IMPONIENDO LA LGS.

La centralidad que adquirió a partir de 2015 el principio de autonomía de la voluntad fue anticipada por los redactores del Anteproyecto del nuevo código como un eje rector de los cambios propiciados con motivo de la unificación de nuestro sistema de Derecho Privado. Así, en materia contractual, nos informaron respecto de la libertad de las partes para celebrar y configurar el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley y el orden público y que esa libertad se incorpora como un principio jurídico aplicable a la materia⁶⁴. Aunque también, claro está, debe agregarse como límite la protección que surge para las personas vulnerables desde el llamado Bloque de Constitucionalidad.

Aunque la admisión de la unipersonalidad puso en crisis la noción de la sociedad como contrato, se debe admitir que el principio de autonomía de la voluntad debería

⁶⁴ LOREZENTI, R., HIGHTON DE NOLASCO, E. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora”, en *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*. Infojus, Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires, 2012- 1a ed. – ps. 623-624.

extenderse a la regulación societaria pues no podemos omitir que los redactores de la Ley 19550 asumieron una definida postura respecto de la naturaleza jurídica del acto constitutivo que fue interpretada como contrato, aunque dotado de una serie de consecuencias especiales vinculadas al esquema normativo de la sociedad (comercial)⁶⁵. Claro que hay quienes sostienen válido concluir que la unificación produjo una modificación al concepto de sociedad que no solo dejó de ser comercial sino que dejó de ser un contrato para pasar a ser considerado como un *sistema social*⁶⁶. Pero, como adelantaron los autores del citado Anteproyecto de unificación, ha sido una decisión de política legislativa no modificar las leyes que presentan una autonomía de microsistema, más allá de haber resultado necesario introducir modificaciones a temas específicos de la LGS, que no pretenden alterarla sino ajustarla a las reglas generales del Código⁶⁷.

Más allá de la posición doctrinaria que se adopte sobre la noción de sociedad, lo cierto es que en este marco de pocas pero importantes reformas a la LGS, se ha producido una disrupción fuerte en el sistema societario (hoy general, y no solo mercantil) pero sin modificar la impronta de orden cerrado inserta desde su origen en la Ley 19550. Por tanto, la imperatividad que rige en la (hoy) norma general sigue siendo un límite infranqueable para la autonomía de la voluntad en materia societaria y tal posición nos interpela frente a los cambios propiciados desde la unificación de la codificación civil y comercial y desde la irrupción de la Ley 27349.

3. EL CAMBIO DE PARADIGMA EN LA LEY 27349.

En oportunidad de desarrollarse en la ciudad de Córdoba el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tuve la oportunidad de exponer sobre un cambio de paradigma en la regulación de las sociedades a partir de la irrupción de la sociedad por acciones simplificada (SAS)⁶⁸. Dos fueron las cuestiones centrales que sostuve y que brevemente creo necesario traer nuevamente a consideración.

⁶⁵ HALPERÍN, I.; ODRIOZOLA, C.; ZALDIVAR, E., FARGOSI, H. y COLOMBRES, G.; “Exposición de Motivos Ley 19550” en “Ley de Sociedades Comerciales”. Ed. Zavallá, Buenos Aires, 1986, p. 7.

⁶⁶ BOTTERI, J.D. (h) y COSTE, D., “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la Ley 26994”; en AA.VV., *El Derecho Societario y de la Empresa en el nuevo sistema del Derecho Privado*, Advocatus, 2016, Córdoba, T. 1, pp. 247-260.

⁶⁷ Ibidem, nota 1, p. 735.

⁶⁸ CULTRARO, G., “La autonomía de la voluntad en materia societaria: regulación actual en la sociedad por acciones simplificada” en XV Congreso Argentino de Derecho Societario: XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa / Efraín Hugo Richard ... [et al.]; compilación de María Cristina Mercado De Sala ... [et al.]. - 1a ed. - Córdoba: Editorial de la Facultad de Ciencias Económicas, 2022, pp. Libro digital

La primera: que a partir de la sanción de la Ley 27349 no solo se introduce en el Derecho Argentino la SAS como un tipo societario que prioriza la autonomía normativa en manos de los socios, sino que se introduce un tipo social que claramente se contrapone al eje rector de la Ley 19550 que se sostiene sobre un sistema sustentado en tipos cerrados que operan como una plataforma normativa predeterminada y rígida. El enfoque tipológico que nos trae la Ley 27349 implica una nueva forma de concebir a la *sociedad* que se apoya en la autonomía de la voluntad de los socios y se aleja de los principios rectores de la Ley General de Sociedades, al punto tal de expresar que estos son de aplicación supletoria y, por ende, disponibles para las partes.

La segunda: las normas del Título III de la Ley 27349 adquieren la cualidad de ser un microsistema normativo autosuficiente independiente del sistema de la Ley 19550 cuyas normas solo son aplicables supletoriamente excepto que en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE) se disponga lo contrario. Concluí entonces que el principio general de la LACE establece que las normas de la Ley 19550 solo tienen una función de integración ante el vacío legal o contractual y en la medida en que estas se concilien con las de la Ley 27349; por ende, todas las normas de la LGS son disponibles para las partes, aún las del capítulo I más allá que sean imperativas en el sistema general; a su vez, el límite a la autonomía de la voluntad para este nuevo sistema societario habrá de encontrarse en el sentido y alcance que de la buena fe, el abuso del derecho y el fraude a la ley, hace el Código Civil y Comercial de la Nación, sin necesidad de que exista una norma societaria específica que lo exija. En definitiva, toda libertad debe reconocer limitaciones razonables en la protección de los intereses de la comunidad en general, de los terceros y de las personas vulnerables.

Ahora bien, la calificación que realicé respecto de la regulación de la SAS como un nuevo microsistema normativo autosuficiente (independiente del sistema societario general), es producto de una interpretación de la ley tal como está dada. No significa que esté de acuerdo con la forma en la cual se legisló. Así entonces, aun respetando a rajatabla la autonomía de la voluntad en materia societaria (introducido por quienes han legislado este nuevo tipo), creo conveniente precisar algunos cambios para evitar discusiones agotadoras pues el tipo social existe y se lo interpreta de distintas formas según la jurisdicción del país que le corresponda controlar; lo que desde ya es desaconsejable.

4. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEY 27349.

Tanto para dar por concluidas algunas cuestiones de interpretación como para compatibilizar la regulación de la SAS con algunos de los principios rectores que rigen en la LGS que han demostrado su conveniencia, propongo las siguientes modificaciones a la LACE.

4.1. Relación entre la SAS y el sistema general societario.

Una de las discusiones más importantes que se ha dado en la doctrina nacional se centraliza en el rol que debe tener la Ley 19550 respecto de la SAS ¿Es una norma

que delimita también el marco dentro del cual debe encuadrarse la SAS y, por tanto, la validez y legitimidad de cada una de las cláusulas del instrumento constitutivo de la SAS se deben ponderar según las reglas y principios que establece la Ley 19550 y en especial su Capítulo I? ¿O – por el contrario- la LGS es solo una norma que cubre una laguna legal o una situación no prevista por las partes al constituir una SAS pero sin imponerse como una norma imperativa?

Me inclino por dar respuesta afirmativa a la última interrogación porque la interpretación del artículo 33 de la LACE, en consonancia con el artículo 62 de dicho cuerpo legal, me llevan a propiciar la independencia del sistema particular respecto del general⁶⁹. Sostener lo contrario implicaría concluir que la SAS es un subtipo dentro de algunos de los dos tipos societarios clásicos que prevé la ley general para limitar responsabilidad (v. gr. SRL o SA), lo que no surge del texto legal ni responde a la intención de quienes han legislado este nuevo tipo social que solo han limitado la remisión a la regulación de la LGS para cuestiones muy puntuales. Además, considerar aplicable todo el régimen normativo de la ley general, en especial su Capítulo I, llevaría a desnaturalizar la flexibilidad que se le ha querido otorgar a este nuevo tipo social al dotárselo de una regulación que le es propia y diferenciada de aquellos tipos previstos en la LGS.

Así entonces, entiendo de buena ayuda para el intérprete, introducir una modificación a la última oración del artículo 33 de la Ley 27349 para que diga:

... Serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19550, t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley; a estos fines las normas imperativas de la Ley 19550 se considerarán como normas supletorias, y solo serán indisponibles las normas imperativas del Código Civil y Comercial de la Nación.

Va de suyo que la modificación que propongo daría un corte definitivo a la discusión sobre el alcance que debe otorgársele a la LGS respecto de la SAS; y con esto reforzar el principio de autonomía de la voluntad que como eje rector se erigió en el fundamento de la creación de este nuevo tipo societario. Pero no escapa a mi entendimiento que esta conceptualización abriría un campo muy propicio para situaciones no deseadas que a su vez generen dudas sobre cómo aplicar los límites que los principios generales del CCCN (buena fe, abuso del derecho y fraude a la ley) imponen a la autonomía de la voluntad en todo el ámbito del Derecho Privado. Por lo que es aconsejable que algunas normas imperativas se incluyan en el sistema regulatorio de la SAS, pero respetándose la filosofía que sustenta la creación de este nuevo tipo social porque esa fue la decisión unánime de quienes han legislado este sistema.

⁶⁹ Ibidem, nota 5.

4.2. La desestimación de la personalidad jurídica.

Dado que uno de los puntos centrales que con más énfasis se ha debatido hasta ahora en la doctrina nacional hace foco en que la limitación de responsabilidad para los socios en la SAS puede transformarse en una simple cobertura de indemnidad que proteja a personas especuladoras espurias o que solo quieren valerse del recuso técnico societario para defraudar a terceros o perjudicarlos, podría concluirse que al resultar la SAS una sociedad dichas prácticas están suficientemente reprobadas con la adopción del instituto de la desestimación de la personalidad jurídica que el artículo 144 del CCCN estableció para todo el género “persona jurídica privada”. Sin embargo, aunque la redundancia no siempre es una buena técnica legislativa, creo razonable aclarar en el texto legal de la Ley 27349 que es aplicable la doctrina del corrimiento del velo societario para imputar responsabilidad a las personas socias o controlantes que no sean socias y a las personas administradoras que se valieron de la figura societaria para defraudar o perjudicar a terceros. Por lo que se propone modificar el texto del artículo 34 de la LACE, incorporando el siguiente párrafo:

... Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la SAS en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, las personas accionistas o aquellas que sean controlantes sin ser accionista, al igual que las personas que revistan el rol de administradores, que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios o perjudiciales, responderán ilimitada y solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados, sin perjuicio de la aplicación que pueda corresponder de lo dispuesto en el artículo 144 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Adviértase, además, que la modificación que propongo estaría en consonancia con lo dispuesto en los artículos 2 y 41 de la Ley Modelo elaborada por el Departamento de Derecho Internacional de la OEA para el Comité Jurídico Interamericano⁷⁰.

4.3. El objeto social.

Siguiendo el criterio de la ley general que prescribe que el objeto debe ser preciso y determinado, pero en ningún sentido establece que deba ser único, se propone una modificación al inciso 4) del artículo 36 de la LACE para lograr una finalidad concreta: la determinación precisa del objeto social, atendiendo a la función que este cumple en cuanto a protección del interés de las personas socias y a la delimitación del campo de actuación del órgano de representación que establezca la sociedad, como así también para determinar la licitud y posibilidad de cumplimiento del objeto.

⁷⁰ OEA, Boletín Informativo, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, julio 2017, disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_Ley_Modelo_Sociedad_Acciones_Simplificada_Informe_Jul-2017.html

Así, debería incorporarse la siguiente modificación:

...4) *La designación de su objeto deberá definirse en forma precisa y determinada, mediante la descripción concreta y específica de las actividades que la sociedad se propone realizar, evitándose innecesarias o superfluas enunciaciones de hechos, actos o medios dirigidos a su consecución. El objeto social podrá comprender actividades plurales y diversas sin necesidad de conexidad o complementación.*

Cabe aclarar que, en mi opinión, la *unidad del objeto social* no es incompatible en forma alguna con la pluralidad de actividades que puedan comprenderlo, salvo que se trate de actividades que la legislación considere como excluyentes de determinado tipo societario. También aclaro que la enumeración excesiva de actividades que contemplan algunos de los estatutos modelos propuestos por los registros mercantiles tienen una descripción tan interminable que bien podría afirmarse que lo que están indicando es que la sociedad tendrá por objeto “realizar cualquier actividad lícita”, lo que es una contradicción con la inclusión del objeto como un requisito del instrumento constitutivo.

4.4. La protección especial de la persona emprendedora.

Considero que la SAS pese a surgir de una normativa inserta en la LACE, no impone estar dirigida exclusivamente a crear un tipo social que solo asocie a personas emprendedoras⁷¹ entre sí. Más allá de lo difícil de definir jurídicamente al concepto de emprendedor o emprendedora y que para la Ciencia Económica el concepto responde a otros parámetros de la realidad que el Derecho no alcanza, lo cierto es que la Ley 27349 no es una ley de apoyo al emprendedor sino de apoyo a la actividad emprendedora y al capital que ha de destinarse a nuevos emprendimientos⁷².

⁷¹ “Emprendedores”: a aquellas personas humanas que den inicio a nuevos proyectos productivos en la República Argentina, o desarrollen y lleven a cabo un emprendimiento en los términos de esta ley (cfme. Artículo 2.2 Ley 27349). “Emprendimiento”: a cualquier actividad con o sin fines de lucro desarrollada en la República Argentina por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete (7) años. Dentro de la categoría “Emprendimiento”, se considera “Emprendimiento Dinámico” a una actividad productiva con fines de lucro, cuyos emprendedores originales conserven el control político de la persona jurídica, entendido éste como los votos necesarios para formar la voluntad social, elegir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y adoptar decisiones en cuanto a su gestión. La calidad de “Emprendimiento” se perderá en caso de que se deje de cumplir alguno de los requisitos mencionados (cfme. Artículo 2.1 Ley 27349).

⁷² Ley 27.49. “Artículo 1: Objeto. Autoridad de aplicación. El presente título tiene por objeto apoyar la actividad emprendedora en el país y su expansión internacional, así como la generación de capital emprendedor en la República Argentina...”.

Aclarada mi interpretación de dicha ley en sus aspectos económicos, agrego que es necesario contemplar en la LACE a la persona emprendedora en tanto socia de la SAS.

En este sentido, considero que el rasgo determinante de este tipo social apunta a admitir la redacción de instrumentos constitutivos que permitan establecer las formas de participación de quien sea calificada de persona emprendedora — que puede aportar capital en bienes o dinero, pero también su industria, intelecto, conocimiento, know how—, y de las demás personas socias que como parte inversora capitalizan al emprendimiento a partir de la aportación de bienes o dinero a la sociedad; y en ambos casos, con limitación de responsabilidad.

Así interpreto el tercer párrafo del artículo 42 de la LACE, que establece un sistema de valuación de prestación de servicios como “prestaciones accesorias”, destacando que estas podrán “ser aportadas” y que, además, deberá preverse un “mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que por cualquier causa se tornare imposible su cumplimiento”. Es decir, el régimen actual de la SAS está equiparando la prestación de un servicio a un aporte de capital.

Por ende, sin que ello implique calificar a la SAS como una sociedad que deba contar con dos categorías distintas de personas socias, se propone modificar la redacción del artículo 42 para permitir la participación de la persona emprendedora que no aportará bienes susceptibles de ejecución forzada, sino solo su industria o know how, como un aportante más y adquirir así su condición de socio o socia. Y, además, proteger a quien así sea calificada de una posible licuación de su participación en futuros aumentos de capital.

Artículo 42 [...] Podrán pactarse prestaciones accesorias como aporte de capital siempre que también haya aportes de obligaciones de dar en dinero y/o en bienes susceptibles de ejecución forzada por parte de la misma persona o de otras personas socias. La prestación de servicios ya sea de persona socias, administradoras o proveedoras externas de la SAS, podrán consistir en servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, y podrán ser aportados al valor que los socios y socias determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime; el instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación. Si una de las personas socias solo aportase servicios, deberá garantizarse la no licuación de su participación en el supuesto de aumento de capital.

Hay que aclarar que no es admisible constituir una SAS unipersonal únicamente con prestaciones accesorias como aporte, pues desnaturaliza el concepto de patrimonio.

4.5. Las cláusulas leoninas.

La propuesta de reforma también se extiende al inciso 9) del artículo 36 de la LACE, para introducir expresamente las cláusulas prohibidas por leoninas, tal como establece la LGS en su artículo 13, pues estas no deberían insertarse en el instrumento

social en base a distintos fundamentos ya expuestos por la doctrina al analizar la ley general (v. gr. desnaturalización de la asunción de un riesgo empresario, afectación de derechos hereditarios, desvirtuación de los derechos patrimoniales de las personas socias, etc.). Pero aclaro que no es conveniente hacer una remisión directa a la ley general precisamente porque sostengo que ambos sistemas son perfectamente autónomos uno de otro.

No escapa a mi consideración que hay quienes consideran a la SAS como un subtipo de la sociedad anónima; otros, como una SRL cuyo capital se divide en acciones. Sin embargo, soy de la opinión que no es ni lo uno ni lo otro; es un tipo social distinto, que en ciertos supuestos puede asimilarse en algunos aspectos a los citados tipos tradicionales, pero que tiene sus propias características al estar orientado a ser el vehículo de nuevos emprendimientos o de plataforma de desarrollo de las personas emprendedoras (aunque no sea de uso exclusivo de estas últimas). Desde este ángulo de análisis, hay quienes han predicado que, cuando nos referimos a la SAS, “en definitiva estamos ante una sociedad de capital e industria, a la usanza del siglo XXI. O si se quiere, de una sociedad en comandita por acciones, pero con responsabilidad limitada de todos sus socios. No olvidemos que cuando hablamos de una SAS no estamos haciéndolo de una sociedad anónima, sino de una sociedad por acciones (que, claramente, no es lo mismo)”⁷³.

Ahora bien, no se trata de replicar textualmente el artículo 13 de la LGS, pues se hace una salvedad respecto de aquella persona socia que, como emprendedor o emprendedora, recurrió a la figura de la SAS para estructurar un vehículo que le permita recibir capitales para ser aplicados a sus emprendimientos. Esa persona que aporta sus conocimientos y know how puede razonablemente exigir que los primeros beneficios de la actividad social se les destinen exclusivamente o ser dispensado de contribuir en las pérdidas, de ser tal la situación. De todas formas, la excepción debe tener una limitación en el tiempo y parece ser razonable fijar un plazo de cinco ejercicios a tales fines.

Los cambios que se preconizan introducir al inciso 9) del artículo 36, resultarían alcanzados con la incorporación del siguiente párrafo:

.... 9) ... *Son nulas las siguientes estipulaciones: a) que haya personas socias que reciban todos los beneficios o que sean liberadas de contribuir a las pérdidas, excepto que se estipule expresamente en favor de la persona socia que revista la condición de emprendedor o emprendedora y por un tiempo limitado que no exceda de los cinco ejercicios; b) que a la persona socia capitalista se les restituyan los aportes con un premio designado o con sus frutos, o con una*

⁷³ PÉREZ HUALDE, Fernando, La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas, diario La Ley. Buenos Aires, 03/11/2017

cantidad adicional, si no hay ganancias; c) que aseguren al socio o socia su capital o las ganancias eventuales, d) que la totalidad de las ganancias y aún las prestaciones a la sociedad, pertenezcan a las personas socias sobrevivientes; e) que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio o socia que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva...

5. CONCLUSIONES.

Muchas son las críticas que se le pueden hacer a la figura de la SAS y, también, a la técnica legislativa aplicada para su regulación en la LACE, pero lo cierto es que su aparición en el Derecho Argentino parece ser una reacción a la imposibilidad que tenemos para hacer una modificación integral a todo el sistema societario.

En este entendimiento, introducir modificaciones a la LACE es una vía más sencilla (incluso para el debate parlamentario) que esperar a una modificación integral de todo el sistema general. A su vez, propiciar estas pocas modificaciones permitirían potenciar este tipo social y homogeneizar los criterios de interpretación en todo el país, hasta tanto logremos la paz necesaria para acordar qué tipo de regulación societaria pretendemos para el desarrollo económico del País y para protección de los vulnerables.

EL RETIRO DEL SOCIO EN LA SAS

DASSO, Ariel Angel

Sumario:

La ley 27 349 (LSAS) impone la transformación de la sociedad en las hipótesis expresamente prevista en el art. 299 inc. 1, 3, 4, 5 y regula en forma análoga la transformación de la SAS en cualquiera de los otros tipos establecidos en el ordenamiento y además la posibilidad de que sociedades de otros tipos se transformen en SAS. Respecto de cuya modificación estatutaria nada dice la ley en cuanto al derecho de receso de los socios que en cambio en hipótesis de transformación está consagrado en la LGS arts. 245 y 78.

Las posiciones encontradas tienen ambos fundamentos susceptibles de ser divididos. El peso de cada una de las posiciones encontradas no parece por sí mismo definitorio. Sin embargo, a partir del derecho comparado, que en las legislaciones de la Sociedad por Acciones Simplificada de Colombia, Francia y España exigen que la decisión de transformación en SAS o de esta en otro tipo deberá ser adoptada mediante decisión unánime de los socios, que representen la totalidad de las acciones suscriptas, ello así porque se conceptúa que la autonomía de la voluntad expresada por mayoría, constituye la estructura societaria que menos garantías ofrece al socio, lo que RIPERT y ROBLOT expresan afirmando que “las particularidades de la sociedad por acciones simplificada han llevado al legislador a supeditar a transformación de cualquier sociedad en SAS a la adopción de una determinación unánime de los socios. Lo cual ante el silencio respecto de la exigencia de mayoría o unanimidad habilita la interpretación respecto de la posibilidad que asiste al socio disconforme en caso de transformación.

Las características particulares SAS exigen evitar su contaminación con otras formas o tipos societarios o asociativos que no resulten compatibles con sus notas caracterizantes. Sobre tal objetivo la LSAS artículo 39 establece que en orden a constituir y mantener el carácter de la SAS, la sociedad **no deberá** estar comprendida en alguna de las sociedades previstas en el art. 299 incisos: 1° *que hagan oferta pública de sus acciones o debentures*; 3° *sean de economía mixta o se encuentran comprendidas en la Sección IV*; 4° *realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dineros o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios* y 5° *exploten concesiones o servicios públicos*.

Además la SAS **no podrá** ser controlada por una sociedad de las comprendidas en el art. 299 de la LGS ni vinculada en más del 30% de su capital a una sociedad incluida en el mencionado artículo.

La transformación forzosa

Si, por cualquier motivo la SAS deviniera comprendido en alguno de los supuestos precedentes deberá transformarse en alguno de los tipos previstos en la LGS, e inscribirla en el registro público dentro de los seis meses de “configurado ese supuesto” en cuyo ínterin los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, limitada y subsidiaria sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieran incurrido.

La transformación inversa

En forma correspectiva la LSAS art. 61 habilita a las sociedades constituidas conforme a la LGS a transformarse en SAS, sometiéndose así a la aplicación de las disposiciones que la regulan en el Título III de la Ley 27.349.

El derecho de receso del socio en la LGS y la dialéctica de su aplicación en la hipótesis de transformación de la SAS en otro tipo societario o viceversa

Uno de los inconvenientes en los que la doctrina no encuentra consenso es aquel que acontece cuando los estatutos o contratos de SAS omiten aspectos esenciales en la vida de la sociedad cuya superación consiste en la remisión genérica a las normas de la Ley General de Sociedades y en particular a los de los tipos SRL y SA lo cual significa inseguridad judicial toda vez que las normas enviadas, no aparezcan compatibles con la normativa y aun con los objetivos de la propia SAS.

Tampoco tenemos posibilidad de buscar en la jurisprudencia en razón del corto periodo de vigencia durante el cual no ha recaído, todavía, resolución jurídica. Pero el hecho de que tanto las legislaciones de Colombia como la de Francia requieran unanimidad para la transformación de la SAS en otro tipo, consideran en razón del carácter inderogable, la atribución del carácter de orden público atribuida al derecho de receso.

Y en ese sentido el derecho del socio a retirarse de la sociedad toda vez que se reformen o modifiquen las condiciones de riesgo y responsabilidad que asumió en el acto de constitución o en el de la adquisición de la calidad de socio podrá ejercer el derecho de receso en los términos establecidos la LGS art. 245, 160 y cc.

El derecho de receso está consagrado en normas de carácter imperativo que establecen textualmente: “*Es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio*” (LGS art. 245, último párrafo) ⁷⁴

El ejercicio del derecho de receso en hipótesis de transformación de la SAS en otro tipo o viceversa

El ejercicio del derecho de receso del socio en hipótesis de transformación constituye uno de los inconvenientes más difíciles de legislar, toda vez que se procure conciliar la regla de la autonomía de la voluntad, cuya amplitud permite la mayor flexibilidad al nuevo tipo SAS, con los principios considerados imperativos o de orden público en la LGS entre ellos las de mayor relieve de los art. 245 y 160, que consagran el derecho del socio a retirarse de la sociedad con derecho al valor del reembolso fulminando de nulidad.

La exigencia de la unanimidad en la legislación francesa para la transformación en SAS o de la SAS en otro tipo se fundamenta en la exposición de riesgo al que podrían exponerse los socios que no hubieren tenido la oportunidad de participar en la determinación de las cláusulas estatutarias que han de regir las relaciones internas,

⁷⁴ El reciente Anteproyecto de modificación de Ley General de Sociedades incorpora al art. 245 último párrafo que establece “*Sin embargo será válida la disposición que establezca un método de valuación de las acciones con la que se recede*”, y tiene por objeto evitar la contradicción de la nulidad expuesta en la norma, en el art. 245 in fine con la reforma proyectada en orden a la determinación del valor del reembolso.

Pero ello no priva de validez a una cláusula del estatuto que estableciere que en caso de transformación en otro tipo societario, dentro de un año de su constitución los socios no podrán ejercitar el derecho de receso.

ROITMAN, HORACIO “*Ley de Sociedades Comerciales*”, (colaboradores HUGO AGUIRRE- EDUARDO CHIAVASSA), t. IV. nota 2081 p. 796 CNCom., Sala B, 23/8/1984, Giacometti, Alberto c. Artes Gráficas Antártida S.R.L, ERREPAR, Sociedades t. II, p. 029.023.001. Sumario nº 15: El art. 245 no impide que por contrato social o estatuto se establezca el receso estatutario, es decir la posibilidad de los socios de retirarse de la sociedad. La cláusula del contrato social establece que podrán retirarse los socios pasados cinco años de constituida la sociedad, bastando una simple notificación, normando asimismo todo lo relativo al reembolso del socio que se retira. Pero esta cláusula solo tiene validez en el caso en que la sociedad conserve el número de socios para seguir funcionando como tal, es decir, des socios. En consecuencia, reducido a dos el número de socios, en caso de retiro de uno de ellos lo que corresponde aplicar en toda la normativa relativa a la disolución (art. 94, inc. 8, Ley 19.550), y a la aplicación (arts. 101 y sgtes. ley citada).

justificando el derecho de veto otorgado a los socios en hipótesis de transformación en SAS.⁷⁵

El principio que exige para la transformación de cualquier sociedad, de cualquier tipo, aparece con idéntica relevancia en la hipótesis de la transferencia de SAS en otro tipo cuyas condiciones características consagren responsabilidad o condiciones de riesgos agravados.

Es patente que la exigencia de unanimidad -con derogación de la regla de la mayoría- presupone adjudicar carácter inderogable al derecho de retiro del socio tanto en el caso de transformación de la SAS en cualquier otro tipo o forma societaria o asociativa y la recíproca operación de transformación de estas en SAS.

La transformación forzosa

El último párrafo del art. 39 LSAS contiene una norma imperativa: si la SAS por cualquier motivo deviniera comprendida en alguno de los supuestos previstos en LGS art. 299 incisos 3, 4 y 5 ya analizados *supra* “deberá transformarse” en alguno de los tipos legales previstos e inscribir la transformación en el registro público dentro de los seis meses de “configurado el supuesto”, en cuyo interín los socios, o el socio en su caso, responden en forma ilimitada, solidaria y subsidiaria, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pudieran haber incurrido.

El texto parece describir un iter lineal cuyo inicio de duración en el tiempo está marcado por el acontecimiento del supuesto imperativo de la transformación y su vencimiento con la inscripción del nuevo (otro) tipo que hubiere elegido la reunión de socios (órgano de gobierno), en el perentorio plazo de seis meses

Sin embargo está claro que es el órgano de gobierno de la SAS (reunión de socios) quien, dentro del plazo de seis meses, deberá optar por alguno de los tipos previstos en el Cap. II de la LGS. Aquí se abre otro laberinto al que aludiremos *infra*.

Se trata entonces de una decisión del órgano de gobierno de aquellas para las que la ley de SAS no prevé quórum ni mayorías.

⁷⁵ G. RIPERT –R. ROBLLOT, “*Droit Commercial les sociétés commerciales*”, t. 1, vol. 2, 18^o ed., Paris, L.G.D. J p. 701 quienes sostienen que la Sociedad por Acciones Simplificada constituye el tipo social que en mayor medida se aparta del carácter contractual de la SAS por lo que se debe impedir que quienes no hayan dado su consentimiento queden forzados a participar en una sociedad del tipo SAS.

Queda a manos de los socios autoconvocarse, en los términos del art. 49, 3er párrafo LSAS, en cuyo caso la decisión de determinación del nuevo tipo sólo será válida si votaron el o los socios que representan el cien por ciento (100%) del capital social y el “otro” tipo societario es electo por unanimidad.

Cuando la reunión de los socios no fuere autoconvocada, el quórum de constitución y la mayoría decisoria (o la unanimidad) serán los determinados en el instrumento constitutivo que debe contener entre los requisitos mínimos, la organización de las reuniones de socios (art. 36 i. 7 LSAS).

Supuesto que correspondiere la regla mayoritaria se plantea luego la cuestión referida a si los socios disconformes con la determinación del nuevo tipo adoptado pueden ejercitar el derecho de receso.

La respuesta afirmativa se funda en que la transformación es considerada causal de receso (LGS art. 78) en las sociedades de capital en las que la regla de la mayoría es esencial tanto en la SRL (LGS: art. 160) como en la SA (LGS: art. 244 y 245)

Por otra parte condice con la naturaleza del instituto pues la transformación del tipo social que constituyó el socio o al que adhirió cuando adquirió su participación accionaria implica la modificación del estatuto, instrumento constitutivo cuyo contenido fue determinante de su participación en la SAS, cuya modificación sustancial por vía de transformación en otro tipo distinto le llevará necesariamente a otro género de responsabilidades, derechos y obligaciones, que nunca pensó asumir o, más aun, que precisamente quiso evitar al constituir en la SAS un tipo flexible, libre de control estatal y aún administrativo, económico, con responsabilidad limitada al aporte y, no solidaria, y, en razón de su personalidad jurídica, subsidiaria

La respuesta negativa estaría funda en el hecho de que todo el iter de la transformación a partir del acaecimiento de alguno de los supuestos legales de la LSAS art. 39 inc. 1 y 2 hasta la inscripción de la transformación constituyen un procedimiento imperativo dentro del cual la opción por alguno de los tipos previstos en la LGS no es sino un paso de transición dentro del procedimiento impuesto por la ley y no disponible por los socios.

En la misma línea negativa: el derecho de receso solo es reconocido cuando se trata de modificaciones estatutarias voluntarias pero no corresponde cuando las mismas están impuestas por la ley en razón de la naturaleza del tipo social y de su actividad (v. gr. entidades bancarias, de seguros, etc.), entre cuyas hipótesis cabría comprender también la transformación forzosa del nuevo tipo social S.A.S.

Sin embargo cabe advertir que en los supuestos de transferencia art. 39 LSAS la resolución de transformación causal de receso (LGS: art. 160 y 245) no se produce de “pleno derecho” al momento de acontecer alguno de los previstos en el texto legal (como por ejemplo en la hipótesis prevista en el nuevo art. 94 bis de la LGS) sino que el cambio de tipo constituye una contingencia ulterior referida a la decisión de los socios de optar por algún otro tipo societario previsto en la ley dentro del término de seis meses de producido el hecho descalificante del tipo SAS.

Es dicha resolución del órgano de gobierno la que produce la modificación del estatuto o instrumento constitutivo por transformación o cambio del tipo. Ese es el acto que genera el derecho de retiro a favor del socio disconforme en los términos del art. 245 *in fine*.

Ni la LSAS y ni la RG 6/2017 regulan el régimen de quórum de constitución y mayorías decisorias del órgano de gobierno. Solo el modelo tipo IGJ RG 6/2017 art. 8° establece que las decisiones del órgano de gobierno que importen reformas del instrumento constitutivo y las que determinen la disolución de la sociedad requieren mayoría absoluta de capital, en tanto que para las restantes solo exige la mayoría del capital presente.

La ley de Colombia 1258 de 2008, a la que repetidamente aludimos como modelo vector de la LSAS argentina, establece en el art. 31 que la decisión societaria que pretenda la transformación en SAS deberá ser adoptada en determinación unánime de los titulares de la totalidad de las acciones suscriptas. Es la misma norma la que establece la operación contraria que refiere a la transformación de una SAS en otro de cualquier otro tipo previsto, lo que requerirá también la misma decisión unánime de los socios titulares del total de las acciones suscriptas.

Dicha ley es prácticamente reproducción de la legislación francesa cuya doctrina fue determinada por los particulares estudios, investigaciones y publicaciones de RIPERT Y ROBLOT que ponen énfasis en advertir que las sociedades por acciones simplificadas exigen el derecho de veto a los asociados de compañías de otro tipo que pretendan migrar a la SAS, cuya regulación constituye la mayor exposición de riesgo al que podrían quedar sujetos todos aquellos que no han tenido la oportunidad de deliberar las cláusulas

que han de gobernar sus relaciones con la sociedad y su responsabilidad respecto de terceros.⁷⁶

Son estos argumentos los que, en el marco lável y abierto a la interpretación me definen condicionar la doctrina que predica la subsistencia del derecho de receso de los socios salvo que el estatuto estableciera expresamente salvo las limitaciones que podrían establecer los socios en el instrumento constitutivo en las hipótesis de transformación previstas en el art. 39. No dejo de advertir una cierta contradicción intrínseca, en la posibilidad de soluciones alternativas tratándose de un mismo instituto respecto del cual, para fundamentar una de las posiciones, la de la procedencia inderogable del ejercicio del derecho de receso, reconocemos la validez de la limitada posición contraria, en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Pero advertimos que no es este el único dilema cuya respuesta es, más bien el resultado de una opción en razón de los matices de cada posición, pero no de la sustancia misma, por lo cual quedará más que nunca a resguardo la incidencia que tendrán para la mejor respuesta las circunstancias del caso.

⁷⁶ Ver nota n° 2

LA CAPITALIZACIÓN DE DEUDAS

DASSO, Ariel Ángel

Resumen:

La capitalización de deudas constituye una fórmula adecuada y singularmente práctica dirigida al aumento del capital social, cuya aplicación en nuestro medio no es frecuente pues es tratada con disfavor por la LSC. lo que autoriza a considerarlo como de interpretación restrictiva.

Constituye un aumento “real” de capital pues si bien se realiza internamente por el mero paso contable de dos posiciones del pasivo de la sociedad, de deuda a capital, con lo cual participa de una operatoria caracterizante del mero aumento “nominal”, opera el ingreso de un activo real, porque en términos económicos la eliminación del pasivo es un incremento patrimonial como lo es el aumento del activo.

La legislación argentina es deficitaria en el tratamiento de capitalización de deudas: solo alude a ella como forma excepcional de limitación del derecho de preferencia en el art. 197 LSC.

La naturaleza jurídica de la capitalización de deuda, focalizada como “compensación voluntaria” requiere que la deuda compensable satisfaga requisitos de liquidez, vencimiento y exigibilidad, y excluye la aplicación del procedimiento de valuación del art. 53 LSC. porque el aumento del capital social opera contra extinción de deuda por valores homogéneos: se extingue un pasivo por un monto dinerario y se incrementa el capital social el mismo monto dinerario.

Es característica de los sistemas avanzados la formulación de reglas flexibles que posibiliten el aumento de capital y por ello, debe reputarse axiológicamente ponderable la consagración de un sistema que, siguiendo el derecho comparado, acote las severas restricciones que surgen de nuestra LSC.

I.- EL CAPITAL SOCIAL

El capital social es caracterizante de la sociedad anónima en medida tal que el primero de los artículos que a la regulación de este tipo social dedica la LSA expresa, a manera de definición del tipo: “El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas” (art. 163 LSC.).

El capital social constituye el monto del valor asignado a los bienes aportados o prometidos a aportar en ejecución de las suscripciones en el acto constitutivo o en llamado de suscripción pública (art. 166, art. 170 apartado III y 173 LSC.); designa una entidad numérica, expresada en términos monetarios, el valor total de aportes prometidos (capital suscrito) o integrados por los socios (capital pagado o integrado) cuya determinación es esencial en el acto constitutivo (arts. 10 y 11 LSC. para toda sociedad comercial y art. 166 inc. 1 y 2 LSC. para la SA). Se trata de una cifra “*abstracta*”, que comprende a todos los aportes de los socios ya comprometidos en sede de constitución o bien ulteriormente, pero que no representa en forma concreta a ningún bien ni a un conjunto de estos susceptibles de ser identificados dentro del patrimonio social. Es fijo, y no varía, salvo que siguiendo el procedimiento que establece la ley o el estatuto los socios procedan a su aumento o a su disminución, lo que vale decir que el capital social no tiene ningún correlato nominal ni económico con la marcha de los negocios (art. 191 a 206 LSC.).

Su cifra estática debe ser consignada en el balance de la sociedad en el pasivo social con distinción de las partes en las que se divide (art. 63,2. II. a) y d) LSC), y corresponden a cada uno de los socios en proporción de sus respectivos aportes.

Tradicionalmente el concepto de capital social, resulta de una confrontación con el concepto de patrimonio social: en tanto el capital social es una cifra representativa del valor de los aportes que pueden ser realizados tanto en especie como en dinero (art. 186 LSC.), en cambio el patrimonio representa el conjunto de bienes y de deudas de la sociedad y, a diferencia del capital social, es móvil y responde como espejo a las contingencias de los negocios.

Vivante lo caracterizaba diciendo que el capital tiene “existencia de derecho” y el patrimonio tiene “existencia de hecho”. El capital es un *nomen iuris*. El patrimonio una realidad concreta. El capital es fijo e inmutable. El patrimonio es esencialmente variable.⁷⁷ En realidad el capital es apenas una cuenta del patrimonio y sólo coinciden en el patrimonio en acto de constitución de la sociedad⁷⁸.

II.- VALOR NOMINAL Y VALOR REAL O INTRÍNSECO.

⁷⁷VIVANTE, Paris, 1911, p. 2, p. 267

⁷⁸ Y esto solo en teoría porque coetaneamente a la constitución a la constitución se devengan gastos (de constitución) que se detraen del capital social. Si el capital social es de \$ 100.000 y los gastos asciendes a \$3.000; el capital social será ya en el acto de constitución \$ 97.000.

Capital y patrimonio responden a las realidades jurídica y económica diversas. Estas diferencias son determinantes para establecer las dos nociones fundamentales relativas a las partes (acciones, cuotas o partes de intereses) en que se divide el capital: (i) el *valor nominal* que se refiere a la “cifra” impresa en el estatuto, determinada al constituirse la sociedad, resulta de la división del monto del capital social (capital social y capital suscrito se emplean indistintamente: art. 186 , párrafo 2º LSC), por el número de las acciones o cuotas que lo representan; (ii) el *valor intrínseco*, que guarda una consecuencia directa con el patrimonio neto y resulta de dividir (el patrimonio neto) por el número de acciones o cuotas: el valor “*intrínseco*” de la acción es, pues, el “*valor real*”

Tal distinción de valores es relevante porque la diferencia entre ambos (el nominal y el intrínseco) debe reflejarse en una prima, o sobrevalor (respecto del nominal) cuando se trate de la emisión de nuevas acciones (art. 202 LSC.)⁷⁹.

III.- EL CAPITAL, GARANTÍA INDIRECTA.

Sin embargo, siendo el patrimonio social la prenda común de los acreedores (art. 2312 del Código Civil), y el capital social una cifra “nominal”, los socios no podrán retirar ganancias que disminuyen el capital social con lo que aparece constituido como una “cifra de retención” y, es conceptuado garantía indirecta de los acreedores: el sistema societario aspira a que el capital social mantenga cierta correspondencia con el patrimonio, a través de normas de límites extremos de compatibilidad o equilibrio con el mismo.

Se comprende así que las pérdidas sociales que insuman las reservas legales y la mitad de capital social impongan su reducción obligatoria (art. 205 y 206 LSC.) y, que la pérdida total del capital social, sea causal de disolución de la sociedad (art. 94 inc. 5 LSC.), la que puede ser evitada en tanto los socios acuerden su reintegro o aumento (art. 96 LSC.).

IV.- EL AUMENTO DEL CAPITAL SOCIAL, REAL Y NOMINAL.

⁷⁹ Es conocido el duro debate que se advierte en torno al carácter potestativo u obligatorio de la prima de emisión.

El aumento del capital social puede efectuarse en cualquier momento en que sea dispuesto por el órgano competente: por la asamblea extraordinaria, (o la ordinaria, según los casos, y aún por el órgano de administración por vía delegada)⁸⁰ y constituye una forma de incremento de los recursos de la sociedad aportados por los socios (financiación interna), menos oneroso que la obtención de recursos por parte de terceros (financiación externa).

Cuando el aumento del capital se realiza con correlativo incremento del patrimonio se denomina “real” y se concreta con la emisión de nuevas acciones (eventualmente, por el incremento del valor nominal de las existentes).

Toda vez que el aumento del capital no corresponde a un incremento en el patrimonio se denomina “aumento nominal” por la entrega de nuevas acciones integradas o el aumento del valor nominal de las ya existentes (es decir no exigen desembolso) y su forma de ejecución acontece por vía de distintos procedimientos *meramente contables*: capitalización de dividendos, capitalización de reservas, de otros fondos especiales inscriptos en el balance y en general toda vez que deban entregarse acciones integradas, esto es ya pagadas.

El aumento nominal sólo puede ser concretado por los acreedores internos (socios) y para su operatividad rige la regla de oro de la sociedad de capital que impone el respeto de las proporciones de cada accionista (art. 189 LSC)

La distinción entre el aumento real y el meramente nominal adquiere relevancia en orden a la situación de los socios por cuanto en el aumento *real*, los que no suscriban el relativo incremento, verán reducida su participación proporcional en el capital social, y con ello diluida la medida porcentual de sus derechos patrimoniales (participar en las utilidades y en la cuota de la liquidación) políticos (voto, impugnación) y parapolíticos (atinentes a la administración y fiscalización de la sociedad).

V.- CAPITALIZACIÓN DE DEUDAS

Entre los mecanismos para la obtención de recursos de las sociedades, constituye uno de los más utilizados ya sea como fortalecimiento patrimonial o saneamiento financiero el aumento de capital por capitalización de obligaciones (deudas) de la sociedad. Siendo la deuda *de* la sociedad un crédito *contra* la sociedad, deuda-crédito

⁸⁰ Cuando opere dentro del quíntuplo: art. 188 LSC.

son el anverso y reverso de una misma moneda y, por ello, se denomina también capitalización de créditos (contra la sociedad).⁸¹ De allí el art. 497 del Cód. Civ. exponga que: “*a todo derecho personal –creditorio- corresponde una obligación personal; no hay obligación que corresponda a derecho real*”. El crédito–derecho y la deuda-obligación son correlativos por lo que es deuda para el deudor, es crédito para el acreedor; lo que es obligación para el deudor es derecho para el acreedor.

Este procedimiento tiene la peculiaridad que lo hace participar de caracteres propios del aumento nominal (por traslado de partidas contables) y del aumento real (incremento de patrimonio). Permite a la sociedad eliminar un pasivo externo y convierte al acreedor externo en socio, es decir interno. La mecánica esta constituida por una compensación: el crédito contra la sociedad se extingue por *confusión subjetiva* ya que la posición de acreedor y deudor queda en cabeza de la sociedad, lo que requiere inexorablemente la autorización del acreedor para que las sumas que se le adeudan se destinen a amortizar las acciones representativa del capital social que le será entregada y, que tiene su causa en la capitalización de la deuda social.

Operado el mecanismo de capitalización de la deuda el capital social queda incrementado en un monto equivalente a la misma. El negocio jurídico es conceptualizado por una parte de la doctrina como una dación en pago al acreedor en virtud del cual el crédito se sufraga con la entrega de acciones liberadas de la sociedad al acreedor, que determina la subversión del título del acreedor en socio.⁸²

La peculiaridad de la capitalización de créditos y su ventaja relativa es que no está sujeto al reglamento de la colocación de acciones porque en la pertinente emisión no es menester definir ningún requisito de colocación y aceptación de oferta.

Desde el punto de vista económico es un procedimiento simétrico al del aumento real del capital con emisión de nuevas acciones. En ambos casos se emiten nuevas acciones y se llama a nuevos accionistas; pero el aumento con aportes de nuevos fondos aparecen como el recurso de las empresas florecientes, mientras que el que se concreta por conversión de obligaciones en acciones se concreta por un movimiento contable y aparece como el medio a que acuden las empresas en estado económico precario imposibilitadas de liquidar los intereses que generan tales obligaciones. Este expediente

⁸¹ DASSO ARIEL A. “*El porqué de la caducidad de plazos en el concurso preventivo*”, Cap. III, “*Derecho o crédito: obligación o deuda*”, LL, 2005-D, p. 1024 y ss.

⁸² REYES, VILLAMIZAR FRANCISCO “*Derecho societario*”, T. I. p. 319, Ed. Temis Bogotá, 2002.

no procurará los nuevos recursos en forma directa pero aligerará sus gastos, aliviará sus cargas y la sociedad se verá liberada en los ejercicios que arrojen pérdidas de pagar un interés por las obligaciones que así se cancelan.⁸³

Los accionistas –antiguos y nuevos- no tendrán dividendos pero en definitiva la situación económica podrá paliarse extinguiéndose las deudas en forma diversa pero con el mismo efecto extintivo de la obligación que la del pago efectivo.⁸⁴

Desde la óptica de la relación entre el acreedor y la sociedad la operación constituye una *novación objetiva de la obligación de la sociedad* porque los acreedores reciben, en lugar del dinero, títulos, transformándose de acreedores en accionistas, lo que obviamente requiere el consentimiento expreso e individual de los acreedores afectados. Desde el punto de vista jurídico es característica de este aumento de capital la emisión de nuevas acciones, y la exclusión preferente de los antiguos accionistas ya que, de ejercitar aquellos este derecho estaría impedida la conversión de obligaciones en acciones.

Ni la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 ni la doctrina nacional se han ocupado en forma detallada de este procedimiento, a despecho de su marcada utilidad funcional, y de su facilidad operativa. Su regulación es sólo indirecta en el art. 197 LSC cuando se trata del instituto en ocasión de la limitación al derecho de preferencia (u opción) al determinar las condiciones de su exclusión o limitación.^{8 bis}

Los requisitos rigurosos a los que se somete la exclusión o la limitación del derecho de preferencia quedan remarcadas en un texto que lo constriñe a dos únicos supuestos: que el aumento de capital se realice a través de emisión de acciones para integrarse con aportes en especie o *que se den en pago obligaciones preexistentes*.⁸⁵

⁸³ ZUNINO, JORGE O. “*Ley de sociedades comerciales comentada*”, Ed. Astrea.

⁸⁴ GARIIGUES-URÍA; “Comentario de la Ley de Sociedades”, cit. T. II, p. 305/6.

^{8 bis} **Art. 197 [Limitación al Derecho de Preferencia. Condiciones]** La asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del art. 244, puede resolver en casos particulares y excepcionales, cuando el interés de la sociedad lo exija, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones, bajo las condiciones siguientes: 1) Que su consideración se incluya en el orden del día. 2) Que se trate de acciones a integrarse con aportes en especie o que se den en pago de obligaciones preexistentes. [Ley 22.903, art. 1º]

⁸⁵ **Aportes en especie** Cuando la capitalización de la sociedad debe realizarse con aportes en especie (ya fuere de los socios o de los terceros) la preocupación legislativa atiende a tutelar al imperativo legal de “integridad” del capital, en el sentido de que los aportes deben ser expresados en un monto dinerario que corresponda al “valor real” de la especie aportada, ello así porque los aportes

La forma más frecuente de capitalización es la prestación de dar, consistente en el pago de una suma de dinero la que se perfecciona con la entrega material en la forma y fecha convenida. En principio, debe ser la moneda de curso legal y en el caso de tratarse de moneda extranjera debe serlo a la tasa de cambio representativa del mercado según la fecha en que fueren contraídas la obligación.

Consecuentemente le son aplicables a las prestaciones de dinero todas las normas previstas en la legislación mercantil en orden a las obligaciones dinerarias. Es obvio que en las dos hipótesis que habilitan la suspensión del derecho de preferencia regulado en el art. 197 LSC se trata de dos vías para una financiación externa. En los dos casos la sociedad entrega acciones liberadas, en el primero de ellos contra bienes o servicios y en el segundo contra la cancelación de una deuda.

En la legislación argentina el rigor del procedimiento que habilita a la exclusión o limitación del derecho de preferencia, queda remarcado por la exigencia de que dicho procedimiento solamente puede ser realizado en “*casos particulares y excepcionales cuando el interés de la sociedad lo exija*”.

Con base a dicho texto la doctrina sostiene el carácter restrictivo del procedimiento de suscripción de nuevas acciones contra pago de obligaciones preexistentes sosteniendo que ello se justifica en el carácter de orden público que se asigna a la norma del art. 184 que consagra el derecho de preferencia.⁸⁶

que se deberían obtener podrían ser infungibles y por ello aportables sólo por un sujeto determinado [Associazione Preite *Il nuovo diritto dell' societa* – G. Olivieri , G. Presti, F. Vela, Bologna, Ed Il Mulino 2003, p. 214]

Los aportes en especie comprenden a todos los bienes corporales o incorporeales que no sea dinero a los cuales se les pueda asignar un valor determinado y sean susceptibles de ejecución forzada (art. 39 L.S.C).

El objetivo legal es evitar la sobrevaloración que puede perjudicar en pareja medida a los intereses de los terceros y también a los socios no aportantes que verán diluída su participación relativa en la misma medida del sobrevalor, por lo que la ley expone la forma de control sobre la valoración de esos activos (art. 40 a 48 L.S) asumiendo particular precisión cuando se trata de sociedades por acciones (art. 53 LSC), en las que se requiere informes de reparticiones estatales o de bancos oficiales que deberán acreditar el valor de plaza e intervención de la autoridad de contralor que, a su juicio puede requerir valuación pericial.

⁸⁶ NISSEN, RICARDO “*Ley de Sociedades Comercial*”, T. III, Ed Abaco, 2ª. Edición, p. 195 quien advierte que la jurisprudencia remarca tal carácter restrictivo citando el fallo de la CNCom. en autos “*Suixtil SA c/ Comisión Nacional de Valores*” del 29/05/1979 que rechazó la limitación del derecho de preferencia en la operación que pretende la capitalización de pasivo si la cancelación puede

El órgano societario habilitado para decidir la capitalización de deudas con la consiguiente exclusión del derecho preferente es la asamblea extraordinaria con las mayorías agravadas del art. 244 LSC, es decir, la requerida para los supuestos especiales, referidos a hipótesis que constituyen fenómenos de trascendencia en la sociedad, de magnitud tal cuya aprobación requiere “*el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicar la pluralidad de voto*”; con marcado agravamiento respecto de las formas de determinar la voluntad social en las hipótesis ordinarias las que quedan referidas a “*la mayoría absoluta de votos presentes que pueden emitirse en la respectiva resolución, salvo que el estatuto exija mayor número*” (art. 243 ,párrafo 3º y 244, párrafo 3º L.SC).

El aumento de capital por capitalización de deudas, como medio de obtención de recursos, implica una profunda alteración en los derechos políticos y parapolíticos de los socios atados inexorablemente al nivel de participación dentro del capital social, el cual aparecerá diluído *en la medida* de que tales derechos pasarán a la titularidad del ex acreedor, convertido en socio en virtud del procedimiento de capitalización de deuda.

La operatividad puede llevar a una situación límite, por cuanto, en ocasiones, tal participación puede implicar el desplazamiento del control societario, circunstancia esta que proyecta indudablemente su relevancia no sólo a los socios sino también al interés de los acreedores quienes por vía del procedimiento pueden encontrarse frente a un nuevo deudor (*rectius*: un nuevo accionista controlante) operándose una novación por cambio de deudor, sin ninguna posibilidad de oposición como aquella que le asiste en otras hipótesis (*v. gr.* fusión [art. 82,3 e)] escisión [art. 84, 4, d)] o reducción de capital de la sociedad deudora que no se realiza por amortización de acciones integradas contra ganancias o reservas libres (art. 203 y 204 LSC).

obtenerse con la suscripción e integración del aumento de capital social por los accionistas existentes. Recuerda el autor que la limitación al ejercicio del derecho de preferencia también existe en los supuestos de fusión por incorporación en el que las acciones de la incorporante se entregan a los de la incorporada. Conf. cita a ZALDIVAR, E, y otro, “*Cuadernos de Derecho Societario*”, T.III, p. 193.

**LA DISOLUCION POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL O POR EL
AGOTAMIENTO DE LOS BIENES DESTINADOS A SOSTENER LA
SOCIEDAD. LA NECESARIA HOMOGEINIZACION DE DOS CONCEPTOS
SUSTANCIALMENTE DISTINTOS**

DASSO, Ariel Ángel

Sumario:

La necesaria reforma introducida por la ley 26.994 /2015 Anexo II en la Ley de Sociedades Comerciales (LSC), llamada a partir de la reforma “Ley General de Sociedades” (LGS) destaca, importantes modificaciones, que no son únicas pues la regulación conjunta que realiza el Código Civil y Comercial de la sociedad como persona jurídica privada, sin diferenciarla respecto de todas las otras entidades enumeradas en el art. 148, determina la superposición de toda la normativa referida a la persona jurídica privada (Libro Primero, Título 2 , Capítulo I, Sección 3º), con la misma materia regulada en la Ley General de Sociedades (LGS).

En virtud de tal circunstancia cobra relieve contradictorio la subsistencia de la causal de disolución por pérdida del capital social en la LGS (art. 94 inc. 5), que ignora su eliminación y su sustitución por el “agotamiento de los bienes destinados a sostenerla” introducida por la misma ley que modificó la LGS referida supra, en el CCiv y Com. art. 163 inc. 1, que expresa mejor el hecho disolutorio equivalente.

La evitación de normas contradictorias en un mismo ordenamiento legal, constituye un principio del correcto ordenamiento legal por lo que hace necesaria la reforma que homogenice del concepto.

La reforma del derecho societario establecida en el Anexo II de la ley 26.994/2015 que sustituye la denominación de “Ley de Sociedades Comerciales” (LSC) por la nueva denominación de “Ley General de Sociedades” en adelante LGS, a pesar del número limitado de sus artículos que en total llegan a 25 sustituciones o reformas y una incorporación (art. 94 bis) produce importantes modificaciones al ordenamiento societario preexistente. Los más importantes de ellos son la incorporación de la “sociedad unipersonal”; la sustitución del régimen de las llamadas “sociedades irregulares o de hecho” que ahora pasan a ser denominadas “sociedades atípicas” o “De la Sección IV” y la “Reactivación societaria”, en cuya amplia problemática todavía no ha desembarcado la doctrina.

El art. 100 de la LSC, titulado “Norma de interpretación”, constituye la culminación del articulado de la Secciones XII “*De la Resolución Parcial*” (arts. 89 a 100) y XIII “*De la Liquidación*” (arts. 101 a 112, del Capítulo I “*Disposiciones Generales*” de la LGS y establece que “en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución se estará en favor de la subsistencia de la sociedad”

Esa regla hermenéutica y de aplicación subsidiaria, ha pasado a convertirse en texto literal de la norma por vía de la incorporación al mismo artículo de un párrafo “*in capiti*” que le da nuevo nombre: “*Remoción de causales de disolución*”, el cual establece, imponiendo en la ley un giro radical, que el órgano de gobierno de la sociedad puede en cualquier momento y a lo largo de toda su vida hasta el instante mismo en que opere la inscripción de cancelación en el Registro Público interrumpir el proceso de extinción de la sociedad en fase de disolución o de liquidación volviéndola a la actividad plena, mediando eliminación de la causa de disolución que dió origen a la vía extintiva, e imponiendo para ello la condición de existencia de “*viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad*”

La nueva norma, impone la consideración de las múltiples causales de disolución de origen legal o contractual (LGS: art. 89). Las primeras están establecidas por la ley en el art. 94 y para cada una de ellas la ley prevé una operatoria distinta o peculiar acorde con su distinta naturaleza. La que provoca mayor conflicto y debate en jurisprudencia y en doctrina es la que prevé en el inc. 5 la “*pérdida del capital social*”⁸⁷

Ríos de tinta y regulaciones dispares en derecho comparado enriquecen un tema que hasta hoy no ha logrado consenso, circunstancia esta que la califica, de entre todas las causales de disolución la más conflictiva y por ello, también la menos satisfactoria.

La importancia de este tema, se revela conceptualmente en un primer estadio cuándo se debe considerar existente el hecho disolutorio casual lo que guarda vinculación con la entidad de las pérdidas, y proyecta potenciadas las dificultades cuando se trate de su remoción, constituida en condición previa de la reactivación.

⁸⁷ Su aplicación fue suspendida por Decreto Ley 1260 / 02 que prorrogó hasta el 10/2/2004 la suspensión dispuesta por el Dec. 1269 de fecha 16 de julio de 2002.

El art. 94 inc. 5 al determinar que la pérdida del capital social coloca a la sociedad en estado de disolución constituye una hipótesis en la que la ley aparece guiada por el propósito de evitar una discordancia al extremo ostensible entre la cifra mínima del capital social consagrada en los arts. 186 y 187 y la existencia de recursos económicamente suficientes en orden a la actividad necesaria para el cumplimiento del objeto social.

La descripción precisa del problema aparece también como una crítica implícita en las enseñanzas de NISSEN⁸⁸: *“lo verdaderamente relevante en materia de disolución es la pérdida del patrimonio entendido como conjunto de bienes con los cuales la sociedad podrá hacer frente a sus obligaciones”*.

La determinación de la pérdida del patrimonio, en medida que pueda conceptuarse factor de disolución es sumamente compleja porque debe partir de la revalorización a valor de liquidación, la incidencia del pasivo exigible, la imputación de los quebrantos a los fondos de reserva y revaluos legales y también al capital suscrito.

Para nuestra ley la pérdida del capital, debe ser total⁸⁹. Esto significa que, ¿la pérdida del patrimonio debe ser total? Según LUIGGI GUATRI el patrimonio es insolvente cuando las pérdidas se reiteran luego de varios ejercicios. Para la Ley de Concursos y Quiebras, art. 1, la posibilidad de recomposición del patrimonio acontece en estado de cesación de pagos que no es necesariamente coincidente con la insolvencia pero que de ordinario se dan en forma simultánea desde que consiste en la incapacidad del patrimonio para afrontar las obligaciones exigibles lo que constituye la cesación de pagos.⁹⁰

En tanto la cesación de pagos es un concepto económico (indisponibilidad de pago, falta de liquidez), la insolvencia es un concepto eminentemente contable (activo inferior al pasivo). En esto también la doctrina discrepa en medida tal que para superar controversia el art. 5 de la ley fallimentaria italiana establece que toda vez que se habla de insolvencia se entenderá existencia de cesación de pagos.

Se advierte que no existe una fórmula que no sea conflictiva, que no evite los debates para conceptuar acontecida la causal de disolución por pérdida del capital

⁸⁸ NISSEN, RICARDO “Ley de Sociedades Comerciales”, ed. Astrea, p. 217.

⁸⁹ Veremos a continuación los antecedentes patrios y también las insuperables dificultades que se advierten en el derecho comparado.

⁹⁰ Ver del Autor “Derecho Concursal Comparado”, ed. Legis, 2012, t. II, pgs. 923 y ss.

social. Más aún, debemos recordar a este respecto que esta causal de disolución en España se focaliza en el 50% del capital social es decir un límite mucho menor en la entidad de las pérdidas entre nosotros, en que el actual art. 95 inc. 5 exige la pérdida del 100%. Menor al de España es aún la de la ley italiana (D. Lgs, 6/2003) en la que la pérdida del capital causal de disolución se fija en el 30%.

El tema tiene tanto en España como en Italia el mismo carácter insoluble y resulta inexplicable que no aparezca un sinceramiento en la legislación societaria que focalice la causal de disolución en la *insuficiencia del patrimonio* en sustitución de la infortunada formula referida a la *pérdida del capital social*.

Un color nuevo aparece en el CCyCo., el que en el art. 163 inc. j) como causal disolutoria de la persona jurídica privada, cuyo elenco está encabezado por la sociedad (art. 148 inc. a) establece, no ya la “*pérdida del capital social*” como lo determina el art. 94 inc. 5, (manteniendo invariable en este punto la redacción anterior), sino “*el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla*”.

Es patente que el legislador a cuyo cargo estuvo la novedosa redacción del conflictivo tema focaliza el problema por primera vez en nuestra legislación, y sin que conozca precedentes en el derecho comparado, en relación con el patrimonio superando de esta manera la referencia al capital social, cuya definición múltiple lo hace incompatible como elemento de la compleja ecuación dirigida a condicionar la existencia de la sociedad en relación a su viabilidad económica.

Las dificultades dogmáticas y operativas en torno a la incidencia de la pérdida del capital social en la disolución de la sociedad se remontan a los albores del derecho codificado y aparecen ya exteriorizadas en el texto y doctrina del primer Código de Comercio sancionado el 5 de octubre de 1889 y vigente desde el 1º de mayo de 1890 según Ley 2637 del 9 de octubre de 1889.

Recordando las enseñanzas de GARCIA VILLAVERDE será menester remontarnos a aquellos antecedentes para advertir como el problema hoy en debate no es sino la permanencia de una dificultad añeja que todavía ni la doctrina ni el derecho han sido capaces de solucionar, por lo menos en forma consensuada, en los distintos ámbitos.⁹¹

⁹¹ GARCIA VILLAVERDE, “*Algunas cuestiones sobre la reducción del patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social por consecuencia de pérdidas*”, *Est. Hom. Girón Tena*, Madrid, 1991, pgs. 465 y ss.

El Código de Comercio de 1889 regulaba la disolución de la sociedad, como sigue haciéndolo aún hoy la moderna Ley General de Sociedades, en forma conjunta con la rescisión parcial del contrato de sociedad. Las causales de disolución estaban enunciadas en el art. 422:

1) la expiración del término o “por haberse acabado la empresa que fue objeto especial de su formación”; 2) el consentimiento de todos los socios; 3) la pérdida total del capital social y en las sociedades anónimas del 70%; 4) la quiebra de la sociedad; 5) la simple voluntad de un socio cuyo nombre figure en la razón social cuando la sociedad no tenga un plazo u objeto determinado; 6) la separación legal de cualquiera de los socios que figuran en la razón social; 7) la muerte de uno de los socios cuyo nombre figura en la razón social.

El texto culminaba con una frase imperativa que identifica los efectos de la disolución con la liquidación la que contiene hoy la LGS en su art. 99 “*En todos los casos debe continuar la sociedad, solamente para finalizar los negocios pendientes procediéndose a la liquidación de los finalizados*” Se destaca así el inexorable destino extintivo de la sociedad incurra en una causal disolutoria.

Con referencia a la pérdida total del capital social y del 70% en las sociedades anónimas (art. 422 inc. 3), en la Sección VIII el art. 369 establecía que cuando los directores o administradores se cercioren que el capital social ha sufrido una pérdida de 50% tienen obligación de *declararla* ante el tribunal de comercio respectivo publicando su declaración en los diarios de la sede social. En las sociedades anónimas si la pérdida es del 75% la sociedad se considerará disuelta *ipso iure* y los directores serán personal y solidariamente responsables hacia a los terceros de todas las obligaciones que hayan contraído después que la existencia de ese déficit haya llegado o debido llegar a su conocimiento (art. 369 inc. 3).

No es de extrañar entonces que a la dificultad ínsita en la materia se le agregara la muy poco precisa regulación de la que, a pesar de su poca claridad, se rescata que en cuanto a las sociedades anónimas la causal de disolución queda focalizada en la pérdida del 75% del capital social aconteciendo esta de pleno derecho.⁹² De antiguo se advierte

⁹² FERNANDEZ, RAYMUNDO L. “*Código de Comercio Comentado*”, 1967, T. I, vol. 2, ps. 1028 apartado 4 al respecto que la pérdida del 75% del capital social produce la disolución ipso iure o sea automáticamente sin declaración judicial o extrajudicial de ninguna especie. Cita coincidente cita de Segovia entre otros. También CÁMARA conceptúa como patrimonio real lo que el artículo determina capital social, aunque respecto del desarrollo que sobre el tema realiza el maestro cordobés, y

la dificultad de la aplicación de este precepto, que después de casi un siglo podemos aseverar, es insalvable.

El concepto de *capital social* en la doctrina de medio siglo atrás se identifica por algunos autores –siguiendo a CÁMARA– como *capital suscrito*⁹³. Para HALPERÍN⁹⁴ y GARO⁹⁵; **capital social se identifica con patrimonio social entendiendo por tal el valor real, actual, de todos los bienes que posee la sociedad, previa deducción del pasivo**, pero ambos condicionan esta definición a épocas de moneda estable, y no aplicable en periodos de inflación en cuyo caso –dicen– “*conduciría a conclusiones inaceptables*”.

La anárquica discrepancia autoral culmina con la opinión de RAYMUNDO FERNANDEZ quien advierte sobre la diferencia sustancial entre capital suscrito y patrimonio social y en base a esa distinción dirimente mantiene su criterio expuesto ya en la 1era edición, identificando capital social con capital suscrito pero con la aclaración que no puede tomarse en forma nominal (o sea el valor que tuvieron los bienes al constituirse la sociedad) sino su *valor real actual*, por ejemplo si el valor nominal de constitución fue de un millón y actualmente en razón de la inflación es de diez millones, teniendo en cuenta que el régimen económico vigente permitía la revaluación de los bienes la sociedad habría perdido el 75% cuando lo que le resta tenga un valor actual de 2.500.000 como si se tratare de calcular la pérdida “en especie” y no por el “valor legal nominal” de los bienes distorsionado por la inflación. Esto significa el cálculo de la pérdida del patrimonio, no del capital social.⁹⁶

La Ley de Sociedades Comerciales 19.550/1972 reemplazó el Título III del Libro Segundo del Código de Comercio exponiendo en la “*Exposición de motivos*” la aspiración de dar a las sociedades mercantiles, de fundamental gravitación en el orden económico y social, un instrumento legal adecuado y eficaz para su desenvolvimiento.

En materia de capital social y en lo que hace más concretamente a su naturaleza estableció en el art. 186 la normativa según el cual su suscripción debe realizarse íntegramente al momento de celebrar el contrato constitutivo, determinando un monto

quizás como ratificación de las dificultades que el mismo plantea FERNANDEZ lo considera insuficiente y confuso (*op. cit.* t. I, p. 1029)

⁹³ RIVAROLA, Tratado, II, nº 558; Sociedades Anónimas III, nº 472 y 474; CÁMARA, nº 136 p.286.

⁹⁴ HALPERÍN, “*Sociedades Anónimas*”, p. 373.

⁹⁵ GARO, “*Sociedades Anónimas*”, t. 2, p. 605

⁹⁶ FERNANDEZ, RAYMUNDO L. “*Código de Comercio Comentado*”, 1967, T. I, vol. 2, p. 1028 y ss.

mínimo que en ocasión de la sanción de la ley fue establecido en 120 millones de Australes, consignando expresamente que el monto de dicho capital mínimo podría ser actualizado por el Poder Ejecutivo cada vez que lo estime necesario. Agregó: “capital social y capital suscrito” o “se emplean indistintamente” con lo que su significación es la misma, como es sinónimo su denominación.

En cuanto a la conceptualización de la pérdida de la entidad del capital como condición de disolución, la ley 19.550 introdujo una reforma de excepcional importancia: eliminó la consideración especial del 75% en la SA y el hecho disolutorio quedó concretado en un enigmático “pérdida del capital social”, sin referencia alguna a porcentaje lo que implica lisa y llanamente la “pérdida total”.

Pero dicha causal no opera *ope legis* sino que requiere tratamiento y decisión de la asamblea extraordinaria (art. 235 inc. 4) con las mayorías del art. 244 párrafo 4, pues se trata de un supuesto de “*disolución anticipada*”, -hipótesis está incluida en el elenco de aquellas decisiones asamblearias que requieren mayorías reforzadas- pero que no legitiman al disconforme para el ejercicio del derecho de receso (art. 245 *in capit*).

Si la asamblea constata el acaecimiento del hecho disolutorio pérdida del capital social puede evitar la disolución anticipada optando por las alternativas del “reintegro total o parcial” o el aumento, en la forma dispuesta por el art. 96 [en cuyas hipótesis los socios disconformes y ausentes pueden ejercitar el derecho de receso: art. 245 y 160] o por la reducción del capital y simultáneo aumento.

Cuando existe pérdida total del capital social si este está consignado por un valor nominal, (cuyo mínimo está establecido por la ley cuya última actualización lo fija en \$100.000), las **pérdidas se calculan con relación al patrimonio** conforme resulta del art. 206 LGS que hace referencia a la totalidad de las reservas y a la mitad del capital. HALPERIN destaca que “*esta conclusión no requiere mayor demostración considerando la situación resultante de la inflación de valores del activo y también del pasivo en relación a una cifra nominal invariable del capital social que constituye un rubro del pasivo (LGS art.63 inc. II, 2 b)*”.⁹⁷

El capital social es una deuda de la sociedad frente a los socios que recién se extinguirá al momento de la liquidación con el remanente –si lo hubiere- (pasivo subordinado) después de pagados los acreedores (pasivo principal). Técnicamente el

⁹⁷ HALPERIN- OTAEGUI “*Sociedades Anónimas*”, 2da. ed, Depalma, p. 829.

capital social pertenece a los socios, (no así en las asociaciones civiles y en general en el caso de las personas jurídicas en las que el patrimonio remanente, a falta de previsión tiene el destino previsto en el estatuto y en su defecto otra asociación civil domiciliada en la República de objeto similar a la liquidada (CCyCo.: art. 185) en tanto que en las fundaciones debe destinarse a una entidad domiciliada en la República de carácter público o privado con objeto de utilidad pública o bien común que no tenga fin de lucro (CCyCo.: art. 217).

La causal de disolución del art. 94 inc. 5 LGS no es entonces la pérdida del capital social sino las pérdidas en medida de insuficiencia del patrimonio. Se dijo ya que el CCyCo. produce un insoslayable sinceramiento: al tratar en el art. 163 las causales de disolución de la persona jurídica cuyo elenco incluye obviamente a la sociedad (art. 143): elimina la causal de pérdida del capital social, e introduce novedosamente en el inciso i): “*el agotamiento del patrimonio, que haga imposible la continuidad de la actividad*”.

La consistencia del sistema exigía también esa modificación en la Ley General de Sociedades. No ha acontecido así; evidentemente el legislador del CCyCo. en materia de personas jurídicas (Anexo I de la ley 26.994) no fue el mismo reformador de la Ley de Sociedades Comerciales (Anexo II de la misma ley) o si lo fue, no advirtió que la solución congruente era reproducir la misma solución en la reforma: la política legislativa que impone el capital mínimo (art. 163), excluye la identificación del concepto de capital social como causal de disolución.

La conclusión expuesta guarda relación con el fenómeno denominado “*infracapitalización*”, cuyo nombre es incorrecto si se identifica al capital mínimo del art. 186 con la insuficiencia de los recursos de la sociedad para la realización de la actividad conducente al cumplimiento del objeto social lo que lleva a pretender la responsabilidad de los administradores y aún la de los socios o accionistas por la continuación de la actividad de la sociedad a pesar de la pérdida del capital social, así mal definido.⁹⁸

⁹⁸ En la legislación española la disolución está prevista con la sola pérdida de la mitad del capital social en tanto que en el ordenamiento societario italiano la situación aparece más grave aún pues el límite de la pérdida que define la causal de disolución es del treinta por ciento del capital social.

SUCESIÓN EMPRESARIA

DAVID, Marcelo A.⁹⁹

SUMARIO:

¿Conocemos con detalle los operadores del derecho empresario las pautas que hacen y gobiernan a lo que damos en llamar la sucesión empresarial? Creemos ciertamente que no es un estudio usual y menos aun profundizado por quienes navegamos usualmente las aguas del derecho empresario, y por ello es que adherimos a la necesidad de promocionar y profundizar el estudio de las normas que hacen a la trazabilidad sucesoria, a la planificación preventiva de los patrimonios, a la organización y promoción de la transgeneracionalidad en las estructuras económicas societarias.

Introducción.

Sin dudas que los tratamientos, diagnósticos y curas a los efectos propios de la defunción de un directivo, de un CEO o sencillamente de un socio se han ido perfeccionando con el correr del tiempo. Aunque debemos advertir que no siempre los abogados especializados en derecho empresario o derecho de la empresa, incluso los consultores en empresas han profundizado los remedios preventivos propios y aptos como para mitigar, organizar y/o prevenir los conflictos que la sucesión no tratada genera.

Estamos convencidos que la sucesión intestada, planteada para todas las personas humanas sin distinción de la composición de sus acervos sucesorios futuros, ha sido una de las herramientas jurídicas que mayor daño le ha generado al aparato productivo. Administrar, dividir matemáticamente y adjudicar sin distinguir la composición de los bienes o derechos que componen un acervo sucesorio, es sin dudas omitir tratar y en su caso agravar situaciones de

⁹⁹ Abogado, docente universitario (Derecho Societario, concursal y títulos valores) Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP (Derecho Privado y Derecho Empresario) Facultad de Ciencias Económicas de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNLP. Especialista en Derecho Empresario UNLP, Magister en Derecho Empresario Universidad Austral, Alumno de la Maestría en Derecho Civil Universidad Austral.

conflicto, de inequidad, de destrucción de unidades productivas, de situaciones disímiles que desde siempre han necesitado de pautas normativas propias y de una fuerte intervención preventiva previa de quienes nos toca asesorar estructuras económicas organizadas -sean estas familiares o no-.

A mi humilde criterio, es común escuchar que las herramientas frente a la muerte de una persona humana empresaria o de un socio, solo tienden a identificarse con la donación - que dichos sea de paso ha recibido un respaldo a la continuidad de uso de la herramienta como adelanto de la herencia por sus efectos frente a terceros, tornando eficaz y plena la transmisión dominial- o del testamento -en sus diversos tipos-, sin advertir en la media profesional que se versionen, otros remedios existentes incluso desde antes de la reforma del Código de Velezano.

Lo invitamos a que rememore en algunos minutos que herramientas suele utilizar de manera preventiva para prevenir conflictos, organizar o trazar el patrimonio de los clientes empresarios del estudio con la finalidad de planificar la sucesión y sus efectos.

Pautas y principios en materia de derecho sucesorio:

La idea del presente trabajo es dar un breve repaso sobre pautas y principios que el derecho sucesorio positivo y vigente a la fecha recepta sobre la sucesión empresaria:

Principios que gobiernan la partición:

- a. **Indivisibilidad.** Para la composición de los lotes propios del proceso de partición privada o judicial se debe tener en cuenta el destino de los bienes. Debiendo evitarse el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas (art. 2377 CCCN). Otorgamiento de plazo para cancelación de saldos, en el caso de asignar bienes atribuidos, de modo de favorecer el principio.
- b. **Igualdad.** Adjudicación de lotes por sorteo en el caso de no existir acuerdo de voluntades por partes de los herederos.
- c. **Atribución preferencial de establecimiento a los herederos fundadores.** Dispone el propio art. 2380 CCCN que el cónyuge sobreviviente o un heredero puede pedir la atribución preferencial en la partición, con cargo de pagar el saldo si existiera, del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica, en cuya formación participó. En caso de explotación en forma social, puede pedirse la atribución preferencial de la participación o derechos sociales reza el código. Dejando aclarado, que la atribución debe adecuarse y respetar las disposiciones legales o las cláusulas estatutarias sobre la continuación de una sociedad con el cónyuge sobreviviente o con uno o varios herederos. Dicha pauta preferencial se refuerza en el art. 2381 del CCCN al hacer extensiva la preferencia a: 1) la propiedad o del derecho de locación del inmueble que le sirve de habitación al cónyuge sobreviviente, 2)

local de uso profesional y c) al conjunto de las cosas muebles necesarias para la explotación de un bien rural realizada por el causante como arrendatario o aparcerero.

- d. **Principio de la aptitud e importancia de la participación de los herederos como pautas de decisión en la atribución de preferencias.** El codificador ha establecido en el art. 2382 CCCN que en el caso de que la atribución preferencial sea solicitada por varios partícipes que no logran ponerse de acuerdo entre sí, el juez deberá decidir teniendo en cuenta la aptitud de los postulantes para continuar la explotación y la importancia de la participación personal de cada uno en la actividad.
- e. **Conservación de la empresa en marcha y ejercicio de los derechos patrimoniales de títulos y acciones.** El legislador ha procedido a autorizar durante el estado de indivisión de la herencia el necesario ejercicio de los derechos que surjan de títulos valores y o de acciones y cuotas societarias, como medidas urgentes tendientes a asegurar la tangibilidad y funcionalidad del patrimonio (arts. 2325, 2327 CCCN).
- f. **Licitación.** Es novedosa la incorporación de este instituto como modo de un copartícipe de la herencia, puede pedir la licitación de bienes de la herencia para que se le adjudique dentro de su hijuela por un valor superior al avalúo (art. 2371 CCCN)
- g. **Indivisión forzosa.** El testador, el fiduciante en un fideicomiso de trazabilidad, quien pacte la herencia futura (art. 1010 CCCN) o quien inserte cláusulas en contratos o acuerdos podrá imponer a sus herederos la indivisión de la herencia por un plazo en principio no mayor a los diez años (espíritu del art. 2330 del CCCN que solo menciona al testador, sin advertir el resto de los modos de poder pactar una indivisión de bienes de una herencia). Puede incluso disponerse que la indivisión hereditaria se sostenga hasta que los herederos menores arriben a la mayoría de edad (sobre bienes o derechos determinados, establecimientos que constituyan una unidad económica, partes sociales -cuotas o acciones- de la sociedad de la cual es el principal socio o accionista. Incluso los propios herederos pueden pactar la indivisión por el plazo máximo de diez años, sin perjuicio del uso y goce de los bienes.
- h. **Derecho de oposición a la partición. Reconocimiento a fundadores, participaciones sociales mayoritarias y a quien ha participado activamente en la empresa .** El codificador ha procedido a otorgar derecho al cónyuge sobreviviente para que se oponga a que se incluya en la partición un establecimiento que constituya una unidad económica, partes sociales de una sociedad, respecto del cual ha adquirido o constituido en todo o en parte el establecimiento o que es el principal socio. Esta oposición cede para el caso de que pueda adjudicarse en su lote. También ese derecho le cabe al cónyuge que sin ser titular o haberlo constituido participa activamente de su explotación, en esos casos la indivisión se mantiene por diez años desde la muerte del causante, pero puede ser requerida la proroga de manera judicial para que se extienda hasta su fallecimiento. Durante dicha indivisión la administración del establecimiento y de las partes sociales corresponde al cónyuge sobreviviente. Las pautas citadas

pueden cesar si concurren causas graves o de manifiesta utilidad económica que justifiquen la decisión (art. 2332 CCCN). Incluso el codificador ha establecido que el mismo derecho que la asigna al cónyuge sobreviviente, lo pueda ejercer un heredero, si demuestra que antes de la muerte del causante, ha participado activamente en la explotación de la empresa. Todos estos derechos para ser oponibles deben ser inscriptos en los registros respectivos, dejando asentado que durante la indivisión, los acreedores de los coherederos no pueden ejecutar el bien indiviso ni una porción ideal de este, pudiendo cobrar sus créditos con las utilidades correspondientes a su deudor.

- i. **Determinación temporal del valor de los bienes de la herencia.** El propio art. 2445 del CCCN establece que las porciones legítimas de los descendientes, ascendientes y cónyuge se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante.
- j. **Mejora de la legítima a favor de herederos con discapacidad.** Atiende la mejora de un tercio el ordenamiento a las personas que padezcan una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad o medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.
- k. **Porciones de la herencia disponibles.** Sin dudas que poder disponer en caso de descendientes de un tercio libre de la herencia, significa refundar y apuntalar la voluntad del causante de gestar los pasos o los canales propios como para gestar la distribución pautada de su herencia. Esta invitación a planificar o trazar la sucesión es sin dudas una de las más fuertes herramientas que el código ha puesto en manos de los empresarios.

Luego de dar lectura y recorrer un número significativo de normas, debemos anticipar que el Código Civil y Comercial de la Nación ha receptado a la empresa, a la actividad, a la unidad económica como un bien particular en el proceso sucesorio. Ha atendido el codificador respecto de la necesidad de dar un tratamiento particular a la actividad empresarial, gestando principios y herramientas que sin dudas deben ser tenidas en consideración no solo luego de la muerte, cuando la pauta es irremediable, sino que la invitación que venimos haciendo desde diversos pequeños trabajos¹⁰⁰ es que el desafío del operador del derecho es gestar pautas

¹⁰⁰ David, Marcelo A. "PACTO O ESTIPULACIÓN DE HERENCIA FUTURA EN LA DINÁMICA SOCIETARIA. FIDEICOMISO DE TRAZABILIDAD SUCESORIA: UNA VARIABLE INTERESANTE", Publicado en: RCCyC 2019 (mayo) , 3 Cita Online: AR/DOC/824/2019

y herramientas preventivas en las organizaciones empresariales que ya se cimenten y den a conocer desde el nacimiento mismo de los negocios.

Sin dudas que debemos sacudir algunos viejos paradigmas, y porque no debatir algunas concepciones continentales romanistas conservadoras, el derecho empresario es dinámico, y como tal debemos adecuar los vehículos jurídicos a la necesidad de este. Es tiempo de que los efectos de la muerte se puedan debatir en vida, que se pueda planificar la trazabilidad de las organizaciones y sus recursos, incluso los humanos, aquellos que sin dudas dan origen a los negocios. Es hora de no ver a la muerte como una mala palabra, sino como un hecho de la naturaleza, o de la religión o de la concepción o de la idiosincrasia que cada uno tenga, pero sin dudas se debe abordar su tratamiento para lograr previsibilidad, trazabilidad y en definitiva evitar conflictos que habiliten el traspaso generacional en la sucesión empresarial.

La prevención es para la transgeneracionalidad una piedra angular, no se puede revertir el fracaso del traspaso generacional sino se abordan a tiempo las pautas que hacen a la sustentabilidad de una organización en el tiempo. Somos testigos recurrentes del fracaso de la sociedad de hermanos, ante el fallecimiento del pater familia empresario, y ni que hablar del consorcio de primos, donde la falta de pautas de previsibilidad y detonantes de presiones familiares personales de las diversas ramas destruyen de modo eficiente muchísimas organizaciones empresariales.

El traspaso generacional, la trazabilidad sucesoria o la sucesión de las empresas debe ser y conformar un capítulo dentro de cada estatuto, contrato social, protocolo de empresa, acuerdos parasocietarios, fideicomisos de trazabilidad sucesoria, pactos o estipulaciones sobre la herencia futura y de todo aquel acuerdo, estipulación, pacto o contrato que se otorgue. Para poder evitar las cuestiones y los efectos muchas veces perjudiciales, que al menos estadísticamente sabemos que hay grandes posibilidades de que sucedan, claro que, sin perder la particularidad de cada caso, de cada organización y en muchos casos de cada familia que la compone.

No debemos tomar los porcentuales de la porción libre y la legítima, para resolver la partición de una herencia con una calculadora solamente, la sustentabilidad de las organizaciones traspasando tempestades sucesorias no se puede resolver satisfactoriamente solo con matemáticas. Es indudable que se deben reforzar los capítulos de enseñanza y prevención en las organizaciones y sus componentes, siendo crucial fomentar pautas y principios que ayudan a atravesar los hechos propios de la vida de los empresarios.

El desafío es dar a conocer y conformar un capítulo dentro del propio derecho empresario: la “*sucesión empresarial*”, conocer y profundizar las herramientas que desde el

derecho sucesorio se ofrecen a los operadores jurídicos y a los propios jueces, como para tratar de resolver las vicisitudes que genera la defunción.

Sin dudas que ese conocimiento de raíz preventivo, por cuanto se trata de sopesar y clarificar los efectos propios de un fallecimiento y su alcance radial al patrimonio, debe insertarse en la mesa de acuerdos y creación de vehículos jurídicos para organizaciones empresariales, debe resolverse el traspaso generacional respetando las normas de orden público sucesorio, pero también respetando las necesidades propias del interés de la sociedad o la empresa y sus integrantes actuales y futuros. No debe la sucesión ser la inevitable enemiga de la continuidad empresarial, de nosotros depende en gran medida que las organizaciones a las que asesoramos asimilen, incorporen hagan suyos los parámetros, herramientas y principios que la propia ley nos suministra. De ese modo la amalgama entre autonomía de la voluntad, prevención y orden público sucesorio, deben construir los puentes necesarios como para quebrar las duras estadísticas del fracaso de las empresas al atravesar las sucesiones de sus integrantes.

Conclusión.

El desafío es claro, profundizar desde el derecho comercial o desde el derecho de la empresa un plafón más sustentable de conocimiento y especialización en materia sucesoria, para conocer en detalle su estructuración y conformar un esquema sólido de propuestas para los empresarios, de modo que guemos la prevención de conflictos y sentamos bases tempranas que apuntalen la continuidad de las organizaciones más allá de las generaciones.

La óptica es diametralmente opuesta al conflicto, con una visión de disvalor respecto de la inordinada sucesión intestada, la cual ha demostrado en el tiempo no favorecer la continuidad empresarial, tal vez y a modo de exageración podríamos decir que las duras y frías reglas de una sucesión intestada no anticipada en sus efectos, es uno de los peores enemigos silencioso de las organizaciones en torno a su supervivencia, y tal vez por ello repetimos sin sonrojarnos que las organizaciones ya está dicho que no superan las tercera generación en la gran mayoría de los casos.

La visión es incluso la propia de forjar una incumbencia profesional, que se ocupe y preocupe de la transgeneracionalidad de las organizaciones empresariales, que se ocupe de enseñar y prevenir en las organizaciones. Y lo expuesto no aplica solo cuando una generación envejece, aplica desde el germen de la organización, sea o no tinte empresarial, y en este último caso reforzando el trabajo preventivo de sus particularidades.

SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD E INOPONIBILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

FERNANDEZ ANDREANI, Patricia y PALACIO, Lino A.

Sumario: El instituto de la inoponibilidad se impone como mecanismo anti fraude que puede servir como herramienta para las personas en situación de vulnerabilidad frente al uso antifuncional de la persona jurídica.

1. Introducción

La situación de vulnerabilidad refiere a aquellas personas que por su condición se encuentran en especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico¹⁰¹.

Así dentro de las personas alcanzadas por esta condición se encuentran englobadas, de acuerdo a los tribunales internacionales, las siguientes personas: las mujeres, los detenidos, los niños, los defensores de derechos humanos, los solicitantes de asilo, las personas con discapacidad y los pueblos indígenas.

El objeto de la presente ponencia busca fundamentar que ciertos casos en los cuales la inoponibilidad de la persona jurídica como sanción al uso desviado del recurso técnico de la personalidad diferenciada ha servido para resguardar y preservar derechos de personas en situación de vulnerabilidad.

A tal efecto, habremos de partir de un breve análisis de los presupuestos de la inoponibilidad como sanción al uso desviado del recurso.

En primer lugar, las disposiciones tanto de la ley de sociedades como del Código Civil y Comercial se remiten a una “actuación”. El artículo 54 se refiere a actuación de la sociedad en tanto que con mas justeza el Código Civil y Comercial se refiere a actuación que puede ser de la sociedad o de sus socios o controlantes, concepto que también utiliza la ley uruguaya.

El término “actuación” puede generar una duda respecto a su alcance; significa un conjunto de actos o basta un acto en particular?

¹⁰¹ Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia.

Al respecto existe coincidencia en que la actuación puede consistir en cualquier acto emanado de sus órganos sea la actividad cumplida por ella o sus órganos¹⁰².

Coincidimos con esta interpretación, la actuación que genere la inoponibilidad puede ser tanto un acto aislado (por ejemplo, cuando un deudor transfiere bienes a una sociedad que controla para evitar la acción de sus acreedores) o como un conjunto o sucesión de actos.

Tenemos, pues, que la aplicación del instituto requiere una actuación entendida como comisión de uno o varios actos por la sociedad o los socios o controlantes.

Cómo debe ser tal “actuación” para verificarse un supuesto de inoponibilidad?

La normas de los artículos 54 y 144 del CCyC enuncian distintos supuestos en los cuales una actuación (de la sociedad o del o los socios controlantes, podemos decir con mas precisión) genera la inoponibilidad de la personalidad diferenciada: *encubrir (o esté destinado a¹⁰³.) la consecución de fines extra societarios constituya un mero recurso (o recurso¹⁰⁴) para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros*

Los calificativos que precedentes que predicen la “actuación” (de la sociedad o de los socios) que deriva en la inoponibilidad constituyen *standards* generales de conducta que el intérprete debe tener en cuenta para concluir en que la personalidad debe ser prescindida. Se trata de criterios meramente enunciativos, pero con una amplitud suficiente para capturar propósito de la ley.

Una cuestión interpretativa se suscitó respecto del alcance del calificativo “mero” al sustantivo recurso utilizado en la redacción del artículo 54 (y que no está presente en el artículo 144).

Según el diccionario de la Real Academia el adjetivo “mero” significa *Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa*. Ello significaría que la actuación de la sociedad o de los socios o controlantes debiera ser utilizar la sociedad solo como recurso para obtener los objetos desviados (violar la ley, el orden público o la buena fe o frustrar derechos de terceros), lo cual es un término que introduce confusión puesto que puede perfectamente darse el caso de que una sociedad se utilice para realizar un acto inoponible sin que toda su actuación sea un “mero” recurso, como es el caso del deudor que transfiere bienes a una sociedad para escurrirlos de sus acreedores. La sociedad puede desarrollar una actividad normal (no ser un mero recurso) pero en el caso concreto sirvió de instrumento para frustrar derechos de acreedores

¹⁰² NISSEN, Ricardo *Ley de Sociedades Comerciales* T. I, p.69, MOLINA SANDOVAL Carlos “*La desestimación de la persona jurídica societaria*” Editorial Abaco p. 87.

¹⁰³ Redacción del artículo 144 del CCyC.

¹⁰⁴ Redacción del artículo 144 del CCyC.

Cabe señalar que el adjetivo “mero” desapareció en la redacción del artículo 144 del Código Civil y Comercial, pero ello no altera el concepto; ser un recurso es valerse de algo para obtener un resultado, implica una relación de causalidad entre el objetivo y el medio.

Así las cosas, la entidad diferenciada de la persona jurídica y sus miembros no es absoluta, sino que la primera puede verse desdibujada, desestimada, penetrada, allanada, superada, prescindida, corrido o penetrado el velo en determinadas circunstancias para dar lugar a su desestimación o inoponibilidad.

Más allá del término que utilicemos, lo que se busca en cualquier caso es apartar la personalidad y así llegar a las personas humanas o jurídicas que la han utilizado desviada y abusivamente.

La declaración de inoponibilidad no trae aparejada la nulidad o la liquidación de la sociedad, sino solo el apartamiento de su personalidad en tanto ha permitido un uso desviado; solo puede ser decretada por la Justicia frente a determinadas situaciones debidamente acreditadas y es una solución que debe aplicarse de modo restrictivo para no generar inseguridad jurídica.

En suma, en sintonía con lo que señala Gabriela Calcaterra¹⁰⁵, la inoponibilidad no acarrea la nulidad del acto o negocio, sino que ese acto le será oponible a los socios/as, asociados/as, miembros, partícipes, controlantes que lo ejecutaron o lo hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente y deberán afrontar los daños que hubieran ocasionado.

En el derecho argentino hubo un temprano e importante desarrollo en el uso de la figura de la desestimación de la personalidad jurídica en materia societaria, inclusive antes a la de su también temprana- en comparación con otros países- regulación legislativa en la Ley 22903.

2.-La protección de personas vulnerables frente al uso antifuncional de la persona jurídica

Anticipábamos al comienzo de esta ponencia que la declaración de la inoponibilidad de la persona jurídica se ha aplicado para evitar que el recurso técnico de la personalidad diferenciada se use para desbaratar derechos de personas más vulnerables, especialmente en materia sucesoria o de sociedad conyugal.

Siendo el instituto que nos ocupa un mecanismo antifraude resulta natural que su aplicación devenga en muchos casos en una protección de los más débiles, que suelen ser, por lo general, los más susceptibles a ser perjudicados.

¹⁰⁵ Calcaterra, Gabriela, “Personas Jurídicas. Caracterización general”, en CALCATERRA-HADAD (Dir.), *Personas Jurídicas*, p.23.

Empero, se impone aclarar que el mecanismo funciona con independencia de la “debilidad” del afectado; sobran los ejemplos en donde la parte perjudicada por el uso antifuncional de la persona jurídica es una parte “fuerte” (por ejemplo el Estado en temas tributarios).

Sin embargo, encontramos números casos que refieren a cuestiones en materia sucesoria o de división de la sociedad conyugal que, en algunos casos, afectaron a categorías sospechosas como ser mujeres o niñeces pero cuya resolución se ha basado en los hechos concretos del diferendo, con independencia de la categoría de sujetos vulnerables que se trate, pero importa resaltar que, en sus resultados prácticos, resultaron funcionales a la protección de derechos de personas vulnerables.

En temas vinculados con el derecho sucesorio o la división de la sociedad conyugal, el uso desviado de la personalidad aparece en nuestra jurisprudencia en diversas situaciones que se analizarán a continuación y que pueden sintetizarse en las siguientes categorías:

- (i) casos en donde el causante, mediante el aporte de bienes de su propiedad a una sociedad afecta la legítima de algún o algunos herederos¹⁰⁶.
- (ii) casos en donde el aporte de bienes a una sociedad por parte del causante se realiza al solo efecto de preservar la unidad de indivisibilidad de los bienes aportados en perjuicio de algún o algunos herederos, que quedan en minoría en la sociedad constituida a tal efecto¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay 9/2/79 LL 1979-D-237.

¹⁰⁷ CNCivil Sala A 27/2/78 publicado en La ley 1978-B p 195). “Artesiano, Mónica y otra c/ Gianina Sociedad en comandita por acciones”. En el caso, el causante, tres años antes de su fallecimiento, constituyó junto con sus tres hijos la sociedad Gianina SCA; Los hijos revestían el carácter de comanditados y administradores de la sociedad, en tanto el padre era titular de la totalidad de las acciones representativas del capital comanditario. Fallecido el causante, las acciones de Gianina constituyeron el acervo sucesorio fueron adjudicadas a sus herederos, a la sazón sus hijos y en un caso, por fallecimiento de uno de los hijos, a los hijos de éste, nietos del causante. El planteo de los nietos y nietas del causante, fue que, mediante ese procedimiento sólo poseían acciones representativas de una porción minoritaria del capital de una sociedad que no controlaban y que, siendo familiar y cerrada, resultaba igualmente difícil vender su participación. La decisión judicial fue que a través del procedimiento se violó la norma del artículo 3598 del Código Civil entonces vigente que prohibía condicionar la legítima y la vía utilizada para invalidar el procedimiento aludido fue justamente una invocación de la teoría de la inoponibilidad de la persona jurídica.

- (iii) casos similares a los de los dos acápites anteriores, pero en donde el aporte y uso desviado de la sociedad se hace a efectos de perjudicar al otro miembro de la sociedad conyugal¹⁰⁸.

III. Conclusiones

Como hemos podido repasar el instituto de la inoponibilidad se impone como mecanismo anti fraude con independencia de la debilidad del afectado aunque resulta natural que su aplicación devenga en muchos casos en una protección de los más débiles, que suelen ser, por lo general, los más susceptibles a ser perjudicados y de allí que puede servir como herramienta para las personas vulnerables frente al uso antifuncional de la persona jurídica.

Ahora bien, cuando intervenga como parte alguna persona en situación de vulnerabilidad (en un caso donde este en juego la inoponibilidad de una persona jurídica) la judicatura debe aplicar las normas más protectorias de los derechos de las personas humanas que integran esa categoría y analizar la prueba que se ventile en la causa de manera de satisfacer y potenciar los derechos de estas personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Calcaterra, Gabriela, *Personas Jurídicas. Caracterización general*, en Calcaterra-Hadad (Dir.), *Personas Jurídicas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.

López Raffo, Francisco, *El Corrimiento del Velo Societario*, Ed. Ad Hoc, 2005.

Nissen, Ricardo, *Ley de Sociedades Comentada y Anotada*, Editorial Astrea, 1985.

¹⁰⁸ CACYC de Junín, 30/06/2020, “G. E. c/ F. C. O. s/ liquidación de sociedad conyugal”, Cita: MJ-JU-M-126669-AR | MJJ126669 | MJJ126669. La Cámara Civil y Comercial de Junín sentenció que: “Corresponde concluir que la sociedad constituida por el demandado y su padre es inoponible a la cónyuge de primero en tanto el escaso tiempo transcurrido entre la constitución del ente y la formalización de la escritura por la que ésta adquirió el dominio de dos campos permite concluir que fueron el demandado y su padre, quienes aportaron tales inmuebles, a lo cual se agrega que poco tiempo después de la constitución la actora se presentó en sede policial y declaró que desde tres años antes, su relación matrimonial estaba atravesando dificultades, a raíz de las cuales, hacía un año que le reclamaba el divorcio al demandado, todo lo cual habilita a presumir fundadamente que la constitución de la sociedad anónima y el aporte de importantes inmuebles a ella tuvo por finalidad sustraer bienes de la masa ganancial”. A su vez, se sostuvo que “La admisión del planteo de inoponibilidad a la actora de la sociedad constituida por su ex esposo y el progenitor de éste no importa una modificación en la existencia de dicho ente, el cual continúa absolutamente vigente, pero sin que pueda oponérsele a la actora, el valor de las acciones que resulta de sus libros contables, por lo cual la participación accionaria de esta última debe determinarse de acuerdo a una valuación actualizada del capital social con criterio de liquidación”

Molina Sandoval, Carlos, *La desestimación de la persona jurídica societaria*, Editorial Abaco, 2015.

**ACERCA DE LA PERSONA JURÍDICA Y SU CONCURSO PREVENTIVO.
LA NO DIFERENCIACION CON SUS SOCIOS Y ADMINISTRADORES POR
LA JUSTICIA PENAL
HADAD, Lisandro**

Introducción

Nuestra legislación societaria cuenta hoy con creaciones jurídicas que en su momento histórico resultaron revolucionarias, y que claramente han contribuido al desarrollo de cualquier economía, como fueron, la creación de la personalidad jurídica, y la aparición de la responsabilidad limitada de los socios de las sociedades de capital¹⁰⁹.

La posibilidad de que mediante la celebración de un contrato los particulares podamos darle nacimiento a una persona distinta de los miembros que la componen, implica la posibilidad de crear un sujeto de derecho y obligaciones que pueda demandar y ser demandado, y que pueda contratar con terceros.

El ahorro en materia de recursos -costos de transacción- que genera la creación de la personalidad jurídica es exponencial, ya que existe solo una parte para poder contratar con la sociedad y evitar de ese modo hacerlo individualmente con cada uno de los socios.¹¹⁰

El reconocimiento de la personalidad jurídica a una sociedad afecta a las relaciones de los socios con los terceros, quienes pasan a vincularse de manera unificada con éstos¹¹¹; y a las relaciones de los socios entre sí, dejando de ser propietarios de los bienes que aportan para transformarse en miembros de la persona jurídica.

Esto es, el reconocimiento de la personalidad jurídica a un grupo de individuos modifica las relaciones patrimoniales entre los cotitulares, y de estos con los terceros. Los socios, continúan siendo titulares de un conjunto de bienes, pero se alteran las reglas aplicables a las relaciones entre los cotitulares con los bienes que forman el patrimonio separado. Patrimonio separado, que es la consecuencia revolucionaria generada por el derecho con el otorgamiento de la personalidad jurídica, tanto pública como privada.

¹⁰⁹ HADAD, Lisandro. La Funcionalidad de un Derecho de Sociedades Moderno. LA LEY 08/06/2020, 10 LA LEY 2020-C, 64.5

¹¹⁰ KRAAKMAN, Renier – HANSMANN, Henry. The Essential Role of Organizational Law, 110, The Yale Law Journal, 387 (2000).

¹¹¹ HANSMANN, Henry. The Ownership of the Enterprise, Harvard University Press, 2000.

Los terceros acreedores de los socios no pueden atacar los bienes de la persona jurídica, y en caso de tener esta responsabilidad limitada de sus socios, los acreedores sociales no pueden atacar los bienes de los socios. Son las dos caras de una misma moneda.

En igual sentido revolucionario, la responsabilidad limitada de los socios es considerada como una de las innovaciones más importantes de la era de la Revolución Industrial.¹¹² Tan innovadora fue la aparición de la responsabilidad limitada que en el año 1911, Nicholas Butler, ganador del Premio Nobel de la Paz y decano de la Universidad de Columbia, afirmó que la aparición de la responsabilidad limitada fue más importante que el descubrimiento del vapor y la electricidad y que ambas "quedarían virtualmente impotentes" sin "el mayor descubrimiento de los tiempos modernos", el cual es la aparición de la Sociedad de Responsabilidad Limitada o Limited Liability Company.

Estas dos creaciones del derecho que hoy son incuestionables, no siempre lo fueron, tal es así que la revista *The Economist* cuestiona su implementación para luego darle lugar en su edición del milenio como una de las claves del capitalismo.¹¹³

Lo cierto es que la responsabilidad limitada logró su preponderante lugar en el derecho de sociedades porque la realidad económica así lo requería. Porque se gana más de lo que se pierde en materia de utilidad social¹¹⁴, porque con ella, se otorgó un incentivo a fin de evitar el desperdicio de recursos.

No debemos nunca perder el foco en que el derecho es un sistema de regulación de conductas, y su relación con la economía¹¹⁵ se hace evidente. Si uno quiere regular una

¹¹² SMART, Micheal "On limited liability and the development of capital markets: An historical analysis", Junio, 1996. <file:///D:/Users/Usuario/Downloads/SSRN-id1175.pdf>.

¹¹³ *The Economist* considera la responsabilidad limitada tan importante que le dedicó un artículo en su número especial del milenio ("The key to industrial capitalism: limited liability", *The Economist*, 31-XII1999 p 97) en el que puede leerse que cuando se comenzó a extender la concesión de la responsabilidad limitada "The Economist (que es una revista que tiene más de 150 años de antigüedad) se opuso: si la responsabilidad limitada era deseable, dijimos, las fuerzas del mercado la impondrían. Pero ya por 1926, la revista había cambiado de opinión y propuso que el anónimo inventor del concepto merecía un lugar de honor junto con Watt, Stephenson y los demás pioneros de la Revolución Industrial"

¹¹⁴ EASTERBROOK, Frank y FISCHER, Daniel R., Limited liability and the corporation, , 52 *University of Chicago Law Review* 89 (1985).

¹¹⁵ El enfoque económico tiene como núcleo central la combinación de tres supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio de mercado y las preferencias estables. Becker, Gary. "El enfoque económico del comportamiento humano." *Información Comercial Española*, Nro. 557, enero 1980.

conducta, aprender a predecir es de suma utilidad, entender que el impacto de una ley en la conducta futura implica poner al derecho en un contexto de realidad.¹¹⁶

Dentro de este sistema de regulación de conductas, el derecho de sociedades es un área del ordenamiento jurídico que tiene la capacidad de afectar de manera significativa al emprendimiento, la innovación, la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de capitales y el crecimiento económico del país. Dicha regulación normativa afecta directamente la generación de riqueza de un Estado, y en caso de que la misma no fuere la apropiada, se corre el riesgo de perder recursos, puestos de trabajo y competitividad con otros países del mundo.

Ahora bien, a lo largo de los años, el ataque a la personalidad jurídica para poder responsabilizar a los socios a través del instituto de la inoponibilidad fue debidamente encorsetado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de los fallos “Palomeque”¹¹⁷ en materia laboral, y más recientemente, en la causa “Asociación de Superficialarios Patagónicos c/ YPF S.A.”¹¹⁸, donde la minoría de la Corte, se refirió a la temática en el marco de un recurso no abierto. Si bien el recurso extraordinario no prosperó por cuestiones procesales, en la disidencia del Dr. Lorenzzetti, se pueden extraer interesantes consideraciones, ya que, se trató de un caso ambiental, donde se intentaba responsabilizar a la sociedad controlante, por la causación de un daño ambiental por parte de la controlada.

Allí, sostiene que “*resulta inaplicable el art. 54 2° Parrafo L. 19550 cuando no se advierte que hubiera una actuación de la sociedad, una conducta dolosa o culposa que encubra la consecución de fines desviados (extrasocietarios) o que se levante como un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe que debe primar en los negocios o para frustrar derechos de terceros.*”¹¹⁹

El Ministro referido agrega que, además de verificarse el abuso de la personalidad, para responsabilizar a la controlante, debería existir insolvencia en la controlada, requisito no impuesto por la ley, pero que tiene un fundamento lógico: si la sociedad es patrimonialmente viable es ella quien en principio debe responder por las conductas, aun desviadas de su fin social.

¹¹⁶ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales”, Ed. Palestra, Lima, 2006, p. 70.

¹¹⁷ CSJN. Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro s/ Recurso de hecho. Id SAIJ: FA03000090. 3 de abril de 2003.

¹¹⁸ CSJN. Asociación de Superficialarios de la Patagonia c/ Y.P.F. S.A. y otros s/ daño ambiental. 29 de Agosto de 2006. Id SAIJ: FA06000391.

¹¹⁹ CSJN. ob. cit.

El problema reside ahora en el avasallamiento desde la justicia penal a la persona jurídica concursada, cuyos administradores realizaron conductas ilícitas conforme desarrollaremos seguidamente.

Problemática actual en materia concursal de las personas jurídicas. El ataque desde el derecho penal

Actualmente nos encontramos con otro ataque a la personalidad jurídica, esta vez, desde la justicia penal. Existen hoy en día un sin número de concursos preventivos con encuadramientos penales de conductas realizadas por sus administradores, en los cuales la justicia penal cautela de manera preventiva los bienes de la persona jurídica violando así el artículo 143 del CCCN el cual establece la personalidad diferenciada de la sociedad con la de sus miembros.

Esto es, el administrador se encuentra siendo investigado por una posible conducta típica en su ejercicio como tal, y la justicia penal cautela los bienes de la persona jurídica por el accionar de sus administradores generando inconvenientes en el desarrollo normal del proceso concursal.

Esta situación puede llegar hasta el límite conforme el cual el concurso no podrá ser homologado sino cuenta con la venia del juez penal para que levante las cautelares que ha trabado sobre los bienes de la persona jurídica concursada. Esto es, una clara traslación de la jurisdicción comercial a la justicia penal, y una clara violación de la personalidad jurídica y su patrimonio separado del de sus socios.

El caso Vicentin S.A.I.C.

Solo a modo de ejemplo, y sin que importen los actores haremos referencia al presente caso de gran relevancia en la provincia de Santa Fe.

En este supuesto la sociedad concursada -en el marco del período de exclusividad previsto en los artículos 41 y siguientes de la Ley 24522- formuló una propuesta de acuerdo preventivo con un acto de disposición sobre su tenencia accionaria en Renova S.A. -del 33%- a favor de Viterra S.A., en supuesta violación a medidas cautelares vigentes dictadas en sede penal que se lo impedían -recordemos siempre, cautelares dictadas sobre los bienes de la personas jurídica por los actos ilícitos que supuestamente hicieron los ex administradores de esta-. Con esa propuesta, Vicentin S.A.I.C. vino a sujetar el pago de las cuotas concursales, total o parcialmente, al resultado de dicha operación cuya eficacia dependerá del levantamiento de las cautelares dictadas en la causa penal.

Una pregunta entonces que debemos hacernos es, ¿quién decide sobre el levantamiento de las cautelares dictadas por el juez penal? ¿Este, o el juez concursal?

Lo cierto es que en el fallo emitido por nuestra excelentísima Corte Suprema de Justicia de Santa Fe¹²⁰, que rechaza la avocación sobre el concurso de Vicentin SAIC pedida por un acreedor, se afirma lo siguiente:

“En primer lugar, resulta oportuno advertir sobre las particularidades extraordinarias del presente caso en función del complejo entramado procesal que se ha plasmado en los presentes. Ello, en tanto por fuera del proceso concursal se han formalizado diversas imputaciones penales en distintas jurisdicciones de esta Provincia e incluso en jurisdicciones de la justicia federal, en las que además se han dispuesto medidas cautelares que comprometen la condicionalidad de la propuesta formulada y cuya naturaleza es completamente diversa a la de las medidas cautelares de contenido patrimonial propia de los procesos del ámbito del derecho privado”.

En la misma línea continua diciendo que: “En este sentido, es de público conocimiento que las múltiples medidas han sido dispuestas con el cometido de preservar y asegurar el provecho, los efectos y hasta los instrumentos de los eventuales comportamientos investigados ante la justicia penal y que dichas medidas escapan completamente a la excepcional previsión del artículo 21, párrafo 4, y del artículo 24 de la Ley 24522, resultando las mismas consecuencia de decisiones jurisdiccionales a instancias de los órganos acusadores, cuyo fundamento normativo no se encuentra alcanzado por el proceso concursal (ni siquiera en caso de quiebra) en tanto derivan de las previsiones contenidas en los artículos 23 del Código Penal¹²¹, en algunos casos del artículo 305¹²² del

¹²⁰ CSJSF. “VICENTIN S.A. - CONCURSO PREVENTIVO- (CUIJ 21-25023953-7) sobre AVOCACIÓN” (Expte. C.S.J. CUIJ N°: 21-00514622-1).

¹²¹ Artículo 23 Código Penal: En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros... El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar el decomiso del o de los inmuebles, fondos de comercio, depósitos, transportes, elementos informáticos, técnicos y de comunicación, y todo otro bien o derecho patrimonial sobre los que, por tratarse de instrumentos o efectos relacionados con el o los delitos que se investigan, el decomiso presumiblemente pueda recaer. El mismo alcance podrán tener las medidas cautelares destinadas a hacer cesar la comisión del delito o sus efectos, o a evitar que se consolide su provecho o a obstaculizar la impunidad de sus partícipes. En todos los casos se deberá dejar a salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros.

¹²² Artículo 305 Código Penal: El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución

mismo ordenamiento, y de los artículos 237¹²³ y 239¹²⁴ del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe”.

Seguidamente, se manifiesta afirmando que: “A modo referencial, y más allá de la independencia de la acción penal, los actores del proceso concursal no pueden ignorar que la actual formulación normativa contenida en los artículos 23 (pena accesoria de decomiso y medidas cautelares suficientes para asegurarlo) y 305 del Código Penal (norma procesal contenida en ley nacional) fueron incorporados por la Ley 26683 del año 2008 y que, en algunos supuestos de eventuales investigaciones penales, se encuentran comprometidos Tratados Internacionales¹²⁵, en los que la Nación es parte y cuyo incumplimiento puede derivar en sanciones internacionales. De modo que, para evitar ulteriores desgastes

y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

¹²³ Artículo 237 Código Procesal Penal de Santa Fe. Embargo.- El Tribunal dispondrá a pedido de parte, embargo en bienes del imputado en medida suficiente para garantizar la pena pecuniaria y las costas del juicio. También podrá solicitar la medida el querellante, para garantizar la reparación del daño causado por el delito atribuido.

¹²⁴ Artículo 239 Código Procesal Penal de Santa Fe. Sustanciación.- Las solicitudes de embargo o inhibición, serán sustanciadas en instancia única y en la misma audiencia prevista para la prisión preventiva o sus alternativas, o si fuera el caso, en una que se solicite al sólo efecto, donde se arbitraré el mismo trámite.

¹²⁵ El artículo 75 inciso 22 de la CN estipula que los Tratados Internacionales adoptadas por esta, no derogán artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. BADENI, Gregorio. Soberanía y reforma constitucional, E.D., t. 161, pág. 885. “Si no deroga artículo alguno de esa parte, significa que su jerarquía es inferior a la atribuida a la Constitución por su artículo 31. Si un tratado no puede derogar las normas constitucionales, es evidente que está subordinado a sus disposiciones.” En el caso de autos, se encuentran en juego el derecho de propiedad de los socios, el derecho de propiedad de la persona jurídica, y el derecho a ser juzgado.

jurisdiccionales en un proceso de la relevancia del presente, las medidas dispuestas en plurales procesos penales no derivan de acciones "...por las que se reclaman derechos patrimoniales..." en los términos del artículo 132 de la Ley 24522".

Para concluir afirmando que: "Dicho de otro modo, las eventuales controversias y vinculadas a las medidas adoptadas con motivo de la investigación de hechos con relevancia penal deben dirimirse y agotarse en esa jurisdicción".

Con lo cual, es clara la línea interpretativa del máximo tribunal de la provincia de Santa Fe de que las cautelares interpuestas por la justicia penal sobre los bienes de la persona jurídica concursada por los delitos de los administradores, deben ser levantadas por el juez penal.

Probables consecuencias sobre la persona jurídica

Veamos entonces como por la conducta de los administradores societarios, dejando de lado la personalidad jurídica sin juicio previo alguno, y con ello los patrimonios diferenciados de los socios, administradores y sociedad, la justicia penal pone en jaque el éxito del concurso preventivo de la sociedad, beneficiando a algunos acreedores en contra de otros.

La aplicación del artículo 23 del Código Penal lleva a que el producido de los bienes decomisados se utilice en favor del Estado y para resarcir a las víctimas del delito. Con lo cual, se dará la situación de que los acreedores de la persona jurídica, víctimas de los delitos de los administradores y cuyas acreencias se verificaron en el proceso concursal, se vean satisfechos con los bienes de la masa concursal por fuera del proceso falencial.

Esto es, la justicia penal hará una clara distinción entre aquellos acreedores que han sido víctimas de conductas típicas realizadas por los administradores societarios, de aquellos que no los han sido, y los indemnizará con los bienes de la sociedad. Insólitamente, se podría dar la situación de que resarza con bienes de un tercero el ilícito del administrador.

Como bien dice Vítolo en comentario al fallo Oil Combustibles S.A., la primera objeción es considerar que los procedimientos preventivos que contienen normativas de insolvencia tienen por objeto exclusivo beneficiar al deudor y perjudicar a los acreedores. Dicho de otro modo, que se trataría de un mecanismo procesal mediante el cual un sujeto que se encuentra en estado de cesación de pagos, se aprovecha de sus acreedores

utilizando los mecanismos previstos en las leyes concursales, con el objeto de perjudicarlos y sacar ventaja, imponiendo una socialización de las pérdidas¹²⁶.

Contrariamente a esta errónea consideración, la norma entiende que mientras el activo de un patrimonio excede al pasivo, el legislador puede dejar que cada acreedor ejerza separadamente su propio derecho. Sin embargo, cuando el patrimonio no basta para todos, la libertad de las ejecuciones individuales supone un premio a favor de los acreedores más avezados, más cercanos, menos escrupulosos y ello puede generar un daño a los demás condescendientes o a los más alejados, que llegaran tarde a las ejecuciones o al reparto de bienes¹²⁷.

Yendo a la problemática planteada, este cercenamiento a las ejecuciones individuales realizada por la ley concursal a fin de no privilegiar a ningún acreedor porque no alcanzan los bienes para hacer frente a la masa¹²⁸, puede llegar a ser dejada de lado por el juez penal, quien con fundamento normativo en el Código de rito, decomisa los bienes de la sociedad para pagar a los acreedores víctimas de delitos de los administradores.

Permitir esta excepción, es no entender la propia naturaleza jurídica del proceso concursal, que determina que el proceso de falencia no está dirigido al cobro de créditos individuales sino hacia la sustanciación de un juicio de carácter universal. En este se encuentra comprometido el orden público¹²⁹ y la comunidad toda. La expresión “todos los acreedores” contenida en la ley no permite hacer distingos. Absolutamente, todos deben someterse al proceso de verificación, atento a la universalidad sin excepciones a que alude el texto legal¹³⁰. El concurso preventivo es un proceso colectivo porque no tiene por fin el beneficio de un sujeto; por su naturaleza tiende a realizar un patrimonio para satisfacer a los acreedores¹³¹. Según los Dres. Fayt y Petracchi, la posibilidad de que en distintos procesos singulares se lleven adelante actos de ejecución forzada de bienes de la quiebra - concurso en este caso- no resulta compatible con la esencia del proceso de concurso, según la cual en el régimen de ejecución colectiva sólo son concebibles como actos de realización

¹²⁶ VITOLLO, Daniel Roque. Tribunales en Pugna. A raíz del concurso de Oil Combustibles S.A. Errepar.

¹²⁷ VITOLLO, Daniel. ob. cit.

¹²⁸ MAFFIA, Osvaldo J., El presupuesto sustancial objetivo del concurso preventivo, en LL 1985-D-755

¹²⁹ Conforme la CSJN la ley concursal es de orden público. CSJN, 26/5/1983, “Garrafa y Cia SA”, ED 105-219; 25/9/1997, “Vido Construcciones s/ concurso preventivo, RDPC, Nro. 16, 1989, p. 499.

¹³⁰ CNCom., sala C, 28-8-74, ED 60- 382. Citado por VITOLLO, Daniel. Un conjunto de desaciertos y nulidades. La ley, en prensa.

¹³¹ JNCom. N° 19, firme, 28-12-90. Citado por VITOLLO, Daniel. Un conjunto de desaciertos y nulidades. La ley, en prensa.

del activo aquellos que son ordenados por el juez de la quiebra, único llamado a aplicar el régimen de preferencias establecido en la ley¹³².

El segundo análisis a realizar es evitar la confusión entre empresa y empresario. En este sentido, no podemos dejar de hacer un paralelismo con el caso Oil Combustibles S.A.. Vitolo, en comentario al fallo, expresa que "...La primera inquietud es la de recordar que uno de los propósitos perseguidos por la ley 24.522 en su momento fue la de diferenciar —en los procesos de crisis— las figuras de la empresa y del empresario, de modo que conductas inescrupulosas, dolosas, o culpables por parte de propietarios y administradores de empresas no anejaran consecuencias terminales y sancionatorias a la organización empresaria propiamente dicha, que involucraran derechos e intereses de los trabajadores, proveedores, consumidores, y hasta del mercado —sujetos muchos de ellos ajenos, normalmente, a la generación de la crisis, del estado de cesación de pagos y hasta a las eventuales conductas reprochables del empresario y su staff gerencial—..."¹³³.

En este sentido, continua diciendo que "...Desde ya que nadie puede pretender que se admita o se genere una red de protección judicial para sujetos inescrupulosos en aquellos casos en los cuales hubieran defraudado a la administración pública, al fisco, o se vieran involucrados en actos de corrupción en perjuicio del Estado y de los ciudadanos. La Justicia debe actuar firmemente —ante estos supuestos— por medio de los jueces competentes, imponiendo castigos ejemplares a quienes resulten declarados culpables. Pero algo totalmente diferente es que se le impida a una persona jurídica privada —en razón de quiénes sean sus propietarios, dueños, últimos beneficiarios de su estructura o sus administradores, o de la utilización que estos sujetos hubieran asignado a dicha estructura organizacional— acceder a procedimientos legales regulados por la legislación vigente, invocando razones de mérito y conveniencia, o por una calificación de ausencia de merecimientos —lo que importa una condena moral— para recurrir a un sistema de reconfiguración de pasivos; criterio —éste— que el propio legislador no ha incluido en la normativa como condicionante para el análisis de la procedencia del remedio concursal..."¹³⁴.

¹³² CSJN, 30-9-86, ED 124-487. Citado por VITOLO, Daniel. Un conjunto de desaciertos y nulidades. La ley, en prensa.

¹³³ VITOLO, Daniel. Un conjunto de desaciertos y nulidades. La ley, en prensa.

¹³⁴ VITOLO, Daniel. ob. cit.

Los argumentos antes expuestos, se encuentran en concordancia con todos los estatutos concursales del mundo que centran su finalidad en salvar a la empresa, más allá de la suerte del empresario¹³⁵.

Es fundamental tener en claro esta diferenciación entre la empresa y el empresario para poder proteger todos los intereses que rodean a un concurso preventivo y sancionar cuando corresponda al administrador que ha realizado ilícitos¹³⁶, pero jamás entorpeciendo el concurso preventivo de la empresa, ni utilizando los bienes de esta para reparar conductas ajenas.

Responsabilidad de la persona jurídica en materia penal

Ahora bien, veamos cuales son las conductas típicas reguladas en la ley de responsabilidad penal de la persona jurídica a fin de entender que solo en dichos supuestos se podrá atacar los bienes de esta desde la justicia penal. La ley 27.401, tipifica las siguientes conductas:

- a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal;
- b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal;
- c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal;
- d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal;
- e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Dicho artículo 300 bis explicita que el balance e informe falso debe ser realizados a fin de ocultar la comisión de un delito de dádivas, u el ocultamiento de que se ofreciere, prometiére u otorgare indebidamente a un funcionario público de otro Estado sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

¹³⁵ JUNYENT BAS, Francisco. Los postulados legales para la apertura de un concurso preventivo y la situación de Oil Combustibles S.A.. La diferenciación entre “empresario” y la “empresa” y la correcta finalidad del instituto concursal. Estudios de Derecho Empresario ISSN 2346-9404.

¹³⁶ JUNYENT BAS, Franciso. ob. cit.

Seguidamente, el artículo 2 de la ley exime de la responsabilidad penal a la persona jurídica si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella.

Exclusivamente, en estos supuestos descriptos -vinculados todos a ilícitos que hacen al vínculo entre la persona jurídica privada y el Estado-, la sociedad será la responsable de la sanción y deberá ahora sí, responder con sus bienes. No habría aquí confusión de personalidades en virtud de que la ley entiende que la conducta ilícita fue realizada por la persona jurídica.

Posibles conclusiones a la problemática planteada

Ahora bien, supongamos ser un accionista de una sociedad que ratificó la presentación en concurso preventivo realizada por los administradores, y que fue violado en su buena fe por estos, los cuales tuvieron un accionar doloso y delictual.

Dicho accionista mociono a favor del ingreso en un proceso legal a fin de salir del estado de insolvencia, entendiendo que este proceso se rige por la ley concursal, y que removidos los administradores anteriores -muchas veces culpables de la propia insolvencia-, los nuevos van a poder obtener un acuerdo concordatario, a fin de sanear la empresa y continuar con la misma.

Lo cierto es que esta previsibilidad legal¹³⁷ con la cual se tomó la decisión no va a poder llevarse adelante porque la justicia penal podrá indisponer los bienes de la sociedad por los delitos realizados por los administradores contra terceros, accionistas y la propia persona jurídica, llevándola prácticamente a la quiebra.

Con lo cual, el accionista no solo se vio perjudicado por el accionar de los directores, sino que ahora se ve perjudicado por las medidas que toma la justicia penal contra los administradores que afectaron los derechos de los accionistas. Medidas que afectan los bienes de la sociedad, y no de las personas que manejan el dinero ajeno y han delinquido.

Supongamos ahora que a la sociedad no se le homologue su concurso preventivo e ingrese en el proceso de salvataje. La justicia penal va a levantar las cautelares? ¿Con qué fundamento ahora sí, y antes no?

¹³⁷ MEZQUITA DEL CACHO, José Luis; Seguridad Jurídica y sistema cautelar, t. I; Teoría de la seguridad jurídica, Bosch, Barcelona, 1989; LÓPEZ DE OÑATE, F.; La certeza del Derecho, Ejea, Buenos Aires, 1953. El autor explica que dentro del concepto de seguridad se encuentra la seguridad respecto de la vigencia del orden jurídico, la posibilidad de prever o anticipar el resultado de los conflictos y de las decisiones judiciales.

Supongamos ahora que estamos en presencia de un administrador de una persona jurídica pública, como bien puede ser el Estado Nacional, provincial o cualquier Universidad como ente autárquico. Frente al ilícito del funcionario público, ¿la justicia penal cautelara los bienes del Estado por los actos delictivos de los administradores?

Debemos ser implacables en la identificación de las distintas personas involucradas y sus bienes, distinguiendo los efectos legales del otorgamiento de la personalidad jurídica, y de sus miembros, diferenciando socios, administradores y sociedad.

El efecto del otorgamiento de personalidad jurídica, implica la existencia de un patrimonio de la sociedad distinto del patrimonio de sus socios. Es una consecuencia necesaria de la personalidad jurídica de aquella, ciertos derechos y obligaciones de contenido patrimonial se imputan a la sociedad como persona, y forman parte de su patrimonio, que no se puede confundir con el patrimonio de sus administradores, ni mucho menos, utilizar los bienes de la persona jurídica para remediar las conductas delictivas de aquellos que administraron dinero ajeno en forma ilegal.

La problemática aquí planteada permite que la justicia penal rompa con todo el sistema concursal y societario al permitir que las víctimas de los delitos producidos por los administradores se cobren con prioridad a los acreedores de la sociedad y con los bienes de ésta.

Esta situación se dará en virtud de que el producido del decomiso de los bienes subastados por la justicia penal, va a la reparación de la víctima y al pago de multas para con el Estado.

No podemos perder de vista el peligro de atacar los institutos del derecho comercial que han permitido y permiten el desarrollo de la economía de un país. Dicho ataque puede llevar a resultados catastróficos como violentar la personalidad jurídica y la esencia del derecho concursal.

No identificar esto, y no actuar en consecuencia, es romper las bases del derecho comercial, el cual está sostenido sobre la seguridad jurídica¹³⁸, y con ello, cualquier posibilidad de inversión y desarrollo de un país.

¹³⁸ RECASÉNS, Siches Luis; Introducción a la Ciencia del Derecho, "Revista de Derecho Privado", Madrid, 1930, p. 31. "Con lo cual, la seguridad jurídica es un valor moral. Si anteponemos el valor justicia a la seguridad jurídica de la norma podemos provocar un estado de anarquía."

**ALGUNAS APOSTILLAS EN RELACIÓN A LAS SOCIEDADES DE LA
SECCION IV: LIBERTAD DE CONTENIDO – UNIPERSONALIDAD –
REGISTROS CONTABLES**

JUÁREZ, María Laura

Sumario:

La sociedad de la sección IV es una sociedad plena, donde impera la autonomía de voluntad dando a los socios espacio para elaborar su instrumento constitutivo con libertad, permitiendo la inclusión de diversas cláusulas tendientes a regular sus derechos, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbre (art. 958 CCCN).- Al mismo tiempo se caracteriza por su sencillez y simplicidad en relación a la formas, siendo de su esencia la innecesaria registración. Al ser uno de sus supuestos, la sociedad atípica, entendemos que podría actuar en nuestro medio la sociedad simple unipersonal.- Por otro costado la oponibilidad de sus cláusulas entre socios, obliga a quienes ejercen la administración a rendir cuentas conforme el sistema especialmente previsto para las sociedades, a saber presentación anual de los estados contables para su consideración por el órgano de gobierno, por lo que resulta necesario arbitrar los medios para que estas sociedades puedan obtener la habilitación o rubrica de su libros contables, sin exigir su registración previa, al ser ello además, una obligación que el art. 320 del CCCN impone a todas las personas jurídicas privadas y una necesidad si se pretende dar a la registración contable suficiente eficacia probatoria.

Consideraciones preliminares – Libertad Contractual

Con las modificaciones introducidas en el año 2015 por la ley 26.994 a la ley 19.550 (ley general de sociedades), se logra retornar al principio de autonomía de la voluntad como esencia del negocio societario, como clara muestra del contractualismo moderno que hoy impera.

Principalmente desaparece la atipicidad e irregularidad, concebidas antes de la reforma como regímenes sancionatorios, que llevaban en el primer caso a la nulidad del contrato o negocio asociativo personificante y en el segundo a la aplicación de un sistema disuasorio que quitaba eficacia en sentido estricto, es decir oponibilidad a los pactos entre socios y frente a terceros.

Así con la reforma se produce un cambio de paradigma en el derecho societario, que importa la salida del esquema rígido, estructurado y sancionatorio de la ley 19.550 (nulidad e irregularidad) a uno que resulta flexible y simple con amplio espacio para la autonomía de la voluntad, con una evidente simplificación de las formas y de la organización.

Emergió de este modo la sociedad de la Sección IV o Sociedad Libre, como sociedad plena, favorecida, con limitada responsabilidad, con marcada autonomía de la voluntad para configurarse y organizarse sin necesidad de ser registrada, en el que los socios cuentan con la posibilidad de incluir en sus contratos asociativos cláusulas que regulen sus distintos derechos.

Esta libertad permite que se dé preeminencia a la voluntad de los constituyentes que son quienes mejor conocen la realidad empresarial para así favorecer el funcionamiento del mercado, por sobre los principios de certeza y seguridad jurídica que a socios y terceros otorga la tipicidad rígida.- Este cambio fue consecuencia de la tendencia existente en el mundo jurídico actual consistente en consagrar formas societarias flexibles, dinámicas y simplificadas en sus recaudos de instrumentación, registración y funcionamiento, reduciendo así los obstáculos jurídicos. Por otro costado, la libertad y autonomía de la voluntad deben ejercerse dentro los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres (art. 958 CCCN). En este sentido la propia LGS contiene normas que deben ser respetadas tales como arts. 13, 18, 19, 20 LGS entre otros. -

De mas esta aclarar que, para exista esta sociedad, deben estar presentes los elementos especiales que definen el negocio como sociedad, según las exigencias del art. 1 de la LGS, (tipicidad de primer grado) aun cuando algunos de ellos pueden ser limitados convencionalmente. - Pero la falta de cumplimiento de requisitos esenciales (art. 11 LGS) o de requisitos de forma, o de las exigencias del tipo societario, no obstaculiza su existencia ni acarrea sanción alguna.

El Art. 21 de la ley general de Sociedades establece cuales son los supuestos de sociedades que quedan enmarcadas en la sociedad de la Sección IV.- Así, la falta de requisitos formales o elementos esenciales no tipificantes en materia de sociedad simple no impide la producción de los efectos sustanciales, es decir el dar origen a una sociedad, como sujeto personificante, sólo deja de producir algunos efectos (oponibilidad condicionada frente a terceros). -

Con respecto a la relación de los socios entre sí, se produce un giro de ciento ochenta grados, permitiendo la norma la invocabilidad por los socios de los derechos y defensas nacidos del contrato social. El Art. 22 establece: “El contrato social puede ser invocado entre los socios. - Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad y los administradores”.

-

El reformado Art. 23 en su primera parte, refuerza esta postura cuando establece que las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad pueden ser invocadas entre los socios. -

De esta forma, podemos afirmar que las sociedades de la Sección IV, denominada por la doctrina sociedad simple, conforman en nuestro sistema un régimen

especial dentro de los diversos tipos societarios que regula la ley 19.550, apto para la realización de negocios, oponible entre los socios y frente terceros cuando se pruebe que estos conocieron el contrato, con personalidad y por tanto con autonomía patrimonial. -

Sobre la Organización Interna:

La sociedad simple, libre o de la Sección IV, es una persona jurídica, dentro de estas, persona jurídica privada, con los atributos establecidos por el art. 151 y siguientes del CCCN.- Ahora bien, el art. 158 CCCN favoreciendo la autonomía de la voluntad, establece que el estatuto de las personas jurídicas debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación, y fiscalización en su caso.- Nos preguntamos si ello también es aplicable a estas sociedades libres, informales. Desde mi punto de vista, se aplica limitadamente, ya que prevalece la ley especial, los instrumentos o contratos de la sociedad de la Sección IV, podrían carecer de la organización exigida por el Código Civil y Comercial o contar con una mínima que sólo determine como autogestionar el patrimonio y la forma de manifestar externamente su voluntad a nombre colectivo.- No sería necesario dado el referido sistema especial, que sus instrumentos constitutivos, si los hubiere, contengan normas sobre gobierno, administración y representación, máxime cuando dentro de las sociedades de la sección IV, encontramos también aquellas que tiene origen voluntario por la mera actividad, o sea las sociedades de hecho.-

Por lo tanto, en estos contratos de sociedad, se podría optar por organizar detalladamente la administración y representación o nada decir y limitarse al nombramiento de un representante, o ni siquiera esto último, en cuyo caso cualquier socio representa a la sociedad con la exhibición del contrato.

Sociedades Simples unipersonales:

Hoy nos preguntamos si las sociedades de la Sección IV, pueden ser unipersonales. Teniendo en cuenta lo establecido por la ley general de sociedades, que limita la unipersonalidad a la sociedad anónima, bajo un régimen de control estatal permanente en los términos del art. 299 de la LGS, parecería que no podría existir la sociedad simple unipersonal.- Sin embargo, cabe destacar que según el artículo 1 de la LGS la pluralidad de socios no es un requisito necesario para la existencia de sociedad.- Por lo tanto resulta posible la constitución de una sociedad simple por una sola persona, en cuyo supuesto, estaríamos frente a una sociedad atípica, ya que la sociedad unipersonal solo puede actuar a través de un tipo específico (SAU).- Esta situación, ya no acarrea nulidad sino por el contrario se encuadraría en la sección IV. También deberíamos encuadrar como sociedad simple unipersonal a aquella que habiéndose instrumentado como SAU, no ha obtenido su inscripción. -

La ley 27.349, que crea un nuevo tipo societario, la sociedad por acciones simplificadas, en su artículo 34 autoriza su constitución por una o varias personas humanas o jurídicas. - Si la SAS unipersonal actúa sin cumplir los requisitos de forma,

como publicidad e inscripción nuevamente estaríamos frente a una sociedad de la sección IV, siempre que se presente en el caso los elementos especiales para la existencia de sociedad (art. 1 LGS).-

Como conclusión, no hallamos impedimento alguno para la existencia de la sociedad Sección IV unipersonal, ello no perjudica a terceros. - La mancomunación se desvanecería al existir un solo socio, quien a la postre sería responsable en forma exclusiva e ilimitada por la totalidad de las obligaciones asumidas por el ente societario.

Derecho de información y Contabilidad

El derecho de información es un derecho que se antepone a los derechos patrimoniales y políticos de los socios, dado que para ejercer acabadamente estos últimos, el socio necesita encontrarse debidamente informado sobre determinadas cuestiones que refieren a la gestión social.-

Por ello se ha dicho, que el derecho de información es un derecho instrumental, ya que es la vía para ejercer otros derechos como el de voto, deliberación, suscripción preferente, receso, impugnación de resoluciones sociales, tanto de directorio como de asamblea o reunión de socios.- Se considera pues que, solo un socio con información podrá tomar meditadas decisiones relativas a la marcha de los negocios, colaborando a formar la voluntad social de manera consiente en relación al tema que deba definirse.- Además el hecho de estar debidamente informado fomentará que se interese más intensamente en participar, comprometiéndose realmente con el rol que ocupa y constituye una forma de ejercer un control efectivo.¹³⁹

Ahora bien en materia de sociedades simples o libres, siendo el contrato plenamente oponible entre socios, éstos podrán ejercer ampliamente su derecho de información, en la forma establecida en el contrato o ya sea por imperio del art. 55 de la LGS.-

Este derecho de información se perfecciona en gran parte mediante la obligación de los administradores de presentar estados contables (art. 234 Inc. 1 LGS), que es la forma específica de rendir cuenta en el derecho societario, lo que se completa con la puesta a disposición de las copias del balance, estado de resultados, evolución del patrimonio neto y cuadros y notas complementarias, previo a su consideración por la reunión de socios o asambleas art. 67 LGS. A ello se suma el derecho a voz en las reuniones y específicamente en relación a la contabilidad la posibilidad de pedir explicaciones cuando su consideración forma parte de los puntos del orden del día. Es decir la rendición de cuentas en materia societaria tiene una especial modalidad a través

¹³⁹ AGUINIS, Ana María AGUINIS "El derecho a la información de los accionistas" en RDCO, año 11, 1978, 287 y ss

de la confección y puesta a disposición y de los socios de los balances y demás estados contables¹⁴⁰.

Sin embargo, reparamos que las sociedades de la sección IV encuentran un escollo en la materia, puesto que, para facilitar la confección de estados contables, deberían llevar registros contables habilitados, lo que en la práctica no resulta posible, al menos no en la forma establecida por el art. 320 del Código Civil y Comercial. Pueden llevar anotaciones informalmente, incluso los libros IVA ventas e IVA compra son en la práctica de gran ayuda para la registración de operaciones, pero no se encuentran en situación de igualdad con otras personas jurídicas a quienes sí se les facilita la rúbrica de sus libros. Igualmente, se les priva injustamente un elemento de prueba de fundamental importancia, dado que expresamente el art. 330 del CCCN prevé que la contabilidad obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescriptos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba. La sociedad simple, al no tener libros contables habilitados carecería de este importante elemento de prueba, lo que se agrava cuando la contraria si lleva contabilidad en debida forma (art. 330 4to Párrafo), y por tanto ella prueba a su favor. -

Sucede que la mayoría de las autoridades de control a cargo de los registros de libros contables no habilitan los mismos si la sociedad no se encuentra registrada¹⁴¹. - Si bien se ha sostenido¹⁴² que no existe impedimento alguno para la inscripción en el registro público de estas sociedades cuando sus socios así lo decidan y soliciten, otorgándoles una oponibilidad erga omnes, también es cierto, que la

¹⁴⁰ FUSHIMI Jorge: “La contabilidad y la rendición de cuentas en las sociedades no constituidas regularmente o simples” Libro de Ponencias XIII Congreso Argentino de Derecho Societario – IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa - El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado – Tomo 2, pág., 1182.- “Armonizando criterio, pues, todo administrador de una sociedad de las contempladas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS, está obligado a rendir cuentas a sus socios – administradores o no – pero en los términos del régimen contable societario: es decir, a través de estados contables y memoria que deberán presentarse y aprobarse por los demás socios”.

¹⁴¹ **Resolución General 3/2023 Artículo 45 [Rúbrica de libros] de la dirección de Inspección de personas jurídicas de la provincia de Córdoba, establece que:** Las Sociedades, Contratos Asociativos, Contratos de Fideicomisos y quienes obtengan la Matrícula Individual, **inscriptos en este Registro Público** y que no optaren por llevar sus libros en formato digital, con excepción de las sociedades por acciones simplificadas, en conformidad a lo dispuesto por la Ley 27.349, deberán solicitar la rúbrica de libros por ante la Dirección General de Inspección de Personas Jurídicas.

¹⁴² Sala Mercado, José P “Las Sociedades de la Sección IV, Un Ómnibus de largo Alcance” Libro de Ponencias XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho societario y de la Empresa - Tomo II – Pág. 411 - Así, el socio único será responsable en forma exclusiva e ilimitada por la totalidad de las obligaciones asumidas por el ente societario. Editorial Económicas - Córdoba 2022

naturaleza o esencia de estas sociedades es la posibilidad de mantenerse fuera de la registración mercantil y exigir su previa registración para la posterior habilitación de libros, sería un exceso no querido por el legislador, desvirtuando la esencia del negocio.

El art. 320 del Código Civil y Comercial dice que están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Es lo que se conoce como la contabilidad obligatoria. Luego agrega, cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros (contabilidad voluntaria).-

No hay dudas entonces, que al ser la sociedad simple una persona jurídica privada conforme el art. 148 del CCCN, se encuentra obligada a llevar contabilidad. - Mas si realizamos una interpretación literal de la norma (art. 320 CCCN) pareciera a simple vista, no estar autorizada para solicitar la rúbrica de sus libros, ni siquiera en forma voluntaria, puesto que se supedita ello a su previa inscripción.

En el punto se coincide con Federico Achaes Di Orío¹⁴³ quien afirma que si se entendiera que la sociedad de la Sección IV no puede solicitar rubrica el Código Civil y Comercial de la Nación, habría incurrido en una severa contradicción, pues por una parte obliga a la sociedades todas sin distinguir formales o informales a llevar contabilidad y por otra requiere la previa registración de estas para proceder a la rubricación de sus libros o la habilitación de sus registros.

Por lo tanto, no podríamos sostener que “deben” registrarse y matricularse como sociedad para luego obtener la habilitación o rubrica de sus libros¹⁴⁴. Es que existen otras personas, como las personas humanas que realizan actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, que están obligados a llevar contabilidad y sin embargo no están matriculados ni obligados a matricularse, aunque reitero equivocadamente, la autoridad de contralor exige a ellas también su previa matriculación. Ello hace de imposible cumplimiento la primera parte del art. 320 del CCCN.

Consideramos que, si la ley de fondo establece la obligación de llevar registro contable a todas las personas jurídicas, tratándose de sociedades simples se debería arbitrar los medios para que puedan solicitar la rúbrica de sus libros, sin que ello

¹⁴³ ACHARES DI ORIO, Federico: “Rendición de Cuentas y los Estados Contables” – Obra colectiva “Las Sociedades de la IV Sección de la Ley General de Sociedades” dirigida por Juan Pablo Orquera, Editorial Didot año 2020, pág. 257.-

¹⁴⁴ Favier Dubois Eduardo, “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación” publicado en <https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/panorama-del-derecho-comercial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/> .-

implique una registraci3n previa u obtenci3n de matr3cula. As3, ser3a perfectamente viable que soliciten la r3brica de sus libros contables acreditando ante la autoridad de contralor los antecedentes del ente, es decir instrumento constitutivo o contrato social, con firmas certificadas, o bien acrediten su existencia por un acto de reconocimiento de todos quienes afirman ser socios, o sea cumpliendo los mismos requisitos para adquirir bienes registrables. De esta forma ser3a factible dejar constancia del ente, sin necesidad de matricularse, y obtener la habilitaci3n de los libros contables. La sociedad no obtendr3a matr3cula en el registro p3blico, pero si estar3a anotada en el registro de libros como ente que ha solicitado y lleva libros debidamente habilitados.

Conclusi3n:

- Para que exista sociedad simple deben presentarse los elementos especiales y sustanciales exigidos por el art. 1 de la LGS. -
- Es un instrumento id3neo para incorporar en el negocio asociativo todo tipo de cl3usulas, encontrando como 3nica limitaci3n el art. 958 del C3digo Civil y Comercial de la Naci3n. -
- El sistema de sociedad simplificada permite una organizaci3n interna sencilla aun cuando ello implique no cumplir acabadamente con lo establecido por el art. 158 del CCCN
- Es factible la existencia de sociedad simple o secci3n IV unipersonal, no provoca afectaci3n a terceros, dado que el 3nico socio ser3 ilimitadamente responsable por las obligaciones sociales. -
- Para que los socios de esta sociedad puedan ejercer con plenitud su derecho de informaci3n y la sociedad contar con el beneficio de la eficacia probatoria de su contabilidad, deber3a arbitrarse los medios a fin que esta sociedad logre la rubricaci3n de sus libros contables sin que se le exija la previa inscripci3n o matr3culaci3n.

**INOPONIBILIDAD DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL REQUISITO
PRETORIANO DE LA INSOLVENCIA
LÓPEZ RAFFO, Francisco M.**

Sumario: se analizan los distintos supuestos de desestimación de la personalidad jurídica, para luego detenerse en el requisito de la insolvencia de la sociedad que exige el Superior Tribunal de Justicia rionegrino para aplicar el art. 54 último párrafo de la Ley General de Sociedades. Se explican los motivos por los cuales no sería necesario acreditar la insolvencia de la sociedad como presupuesto para la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

1. La desestimación de la personalidad jurídica societaria

La desestimación de la personalidad jurídica societaria implica dejar de lado las consecuencias propias que surgen de la calidad de sujeto de derecho que reviste la sociedad.

Así, tenemos que la penetración de la persona jurídica societaria tiene por propósito apartar, total o parcialmente, los efectos que se producen por el hecho de ser las sociedades sujetos de derecho.¹⁴⁵

Tal como veremos a continuación, la desestimación de la personalidad jurídica societaria no se reduce al art. 54, último párrafo de la Ley General de Sociedades n° 19.550 (“LGS”).

En efecto, la doctrina se ha encargado de clasificar a la desestimación de la personalidad jurídica societaria en diversos grupos, cuyo factor común es el hecho de

¹⁴⁵ Cfr. Manóvil, R. M., *Grupos de sociedades en el derecho comparado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 953.

dejar de lado alguna o varias de las consecuencias que surgen de la calidad de persona jurídica que poseen las sociedades.¹⁴⁶

A continuación, desarrollaremos esa clasificación, explicando brevemente los casos a los cuales se aplica la doctrina de la desestimación en nuestro país.

- (i) Casos en que el resultado de la acción importa el allanamiento, esto es, el desconocimiento o ignorancia de la calidad de sujeto de derecho de una sociedad.¹⁴⁷ Tal sería el caso de la simulación absoluta de la sociedad, o el supuesto de nulidad de ella por objeto ilícito¹⁴⁸; también encuadra en este supuesto el caso del art. 19 de la LGS (esto es, sociedad de objeto lícito pero con actividad ilícita; en este caso la propia LGS dispone que se procederá a su disolución y liquidación). Se considera que estos son casos de desestimación absoluta.¹⁴⁹
- (ii) Casos en que el resultado de la acción intentada es la inoponibilidad o ineficacia de la personalidad societaria frente a un acreedor determinado.¹⁵⁰ En estos supuestos, que algunos denominan desestimación limitada o parcial, la calidad de sujeto de derecho se mantiene vigente en todos sus aspectos, pero esa calidad no es oponible

¹⁴⁶ Esta clasificación se toma de Dobson (cfr. *El abuso de la personalidad jurídica (en el Derecho privado)*, 2da. Ed., Buenos Aires, Depalma, 1991, ps. 16 y 17) y es compartida por Cabanellas de las Cuevas (cfr. *Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, t. III, ps. 68 a 70). Sin embargo, hemos omitido tratar un cuarto grupo de casos contemplado por Dobson, casos en que lo que se persigue es extender la responsabilidad por una deuda social a un socio protegido por la responsabilidad limitada, o a un tercero no socio. El propio Dobson se encarga de aclarar que resulta excesivo hablar en estos casos de desestimación de la personalidad (cfr. *El abuso...*, p. 17). Cabanellas de las Cuevas también establece que en estos casos no hay estrictamente desestimación de la personalidad societaria (cfr. *Derecho societario...*, p. 69).

¹⁴⁷ Cfr. Dobson, J. M., *El abuso...*, p. 16.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*. Es dable destacar que la desestimación no sólo la pueden pedir terceros acreedores, sino que también puede ser solicitada por la sociedad, sus socios o controlantes no socios (cfr. López Raffo, F. M., *El corrimiento del velo societario. Alcances del art. 54, último párrafo, de la Ley de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 72 y sigs.).

a determinados acreedores en razón de circunstancias previstas por la ley.¹⁵¹ El art. 54 último párrafo de la LGS encuadra en estos supuestos.¹⁵² También el art. 144 del Código Civil y Comercial (“CCyC”), aplicable a cualquier persona jurídica, se ubica en este grupo de casos.

(iii) Casos en que el resultado de la acción consiste en la declaración de la quiebra de una sociedad, que se extiende a otras personas en razón de los supuestos previstos en los arts. 160 y 161 de la Ley de Concursos y Quiebras n° 24.522; “LCQ”¹⁵³

¿Qué tienen en común los tres grupos de casos enumerados? Que en los tres se deja de lado la separación que existe entre persona jurídica y sus socios. Sin embargo, existen diferencias entre ellos, ya que los motivos y efectos son distintos.

En el primer grupo de casos se deja de lado definitivamente la separación entre la persona sociedad y sus miembros por tratarse de supuestos en los que existe, por ejemplo, una nulidad de la sociedad por tener ésta un objeto ilícito (art. 18 de la LGS) o bien en el supuesto de disolución y liquidación establecido en el art. 19 de la LGS (sociedad de objeto lícito pero con actividad ilícita). Estamos en presencia de un supuesto en el que el ente desaparece de la vida jurídica.

En el segundo grupo, en cambio, se levanta el velo de la personalidad ante determinados supuestos concretos. Es el caso del art. 54, último párrafo de la LGS. O sea, la sociedad no se disuelve ni se liquida, sino que se desestima la personalidad para

¹⁵¹ Cfr. Dobson, J. M., *El abuso...*, p. 16. Tal como sostenemos en la nota anterior, puede también haber casos en que la personalidad jurídica no le sea oponible a determinados socios (o controlantes no socios).

¹⁵² Es importante destacar que existen normas que regulan esos supuestos de desestimación de la personalidad jurídica societaria en situaciones específicas. Así, por ejemplo, en el derecho laboral existen diversas normas susceptibles de originar la desestimación de la personalidad societaria o de alterar los efectos derivados de tal personalidad, como son, por ejemplo, los arts. 5, 14, 29, 31, 225 y 228 de la Ley de Contrato de Trabajo. “Estas normas expresas no impiden, por otra parte, la aplicación, en materia laboral, de las reglas generales en lo relativo a la desestimación de la personalidad societaria” (cfr. Cabanellas de las Cuevas, G., *Derecho societario...*, ps. 114 y ss.). Por “reglas generales” debe entenderse, por ejemplo, el art. 54, último párrafo de la LGS, ya que trata sobre supuestos genéricos en que la personalidad jurídica societaria debe ser dejada de lado, supuestos que no hacen referencia a una materia específica.

¹⁵³ Cfr. Dobson, J. M., *El abuso...*, ps. 16 y 17.

imputar la actuación de la sociedad a los socios o controlantes no socios que actuaron en la forma prohibida que establece la ley. Y además, esos socios o controlantes no socios deben responder por los daños causados.

En el tercer grupo de casos se dejan de lado definitivamente los efectos propios de la personalidad jurídica societaria, siempre que se den los requisitos que tornan procedente la extensión de la quiebra (arts. 160 y 161 de la LCQ). La LCQ no hace caer en forma definitiva el velo de una sociedad (la fallida) para luego imputarle a determinados socios las obligaciones de la sociedad, sino que va más allá puesto que establece la quiebra de dichos socios.¹⁵⁴

2. El requisito de la insolvencia como presupuesto para la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Río Negro (Ley K 5190) establece que *“los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas”* (art. 42, segundo párrafo).

En esa misma línea, en Río Negro –como ocurre en otras provincias- el recurso extraordinario de casación puede interponerse en aquellos supuestos en que las sentencias definitivas de las cámaras de apelaciones no respeten la doctrina obligatoria establecida por el Superior Tribunal de Justicia provincial (art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial provincial).

Por lo tanto, los criterios que fije el máximo tribunal provincial en sus fallos deben necesariamente ser aplicados por las instancias inferiores. Y en caso de no hacerlo, ello habilitaría a la interposición del recurso extraordinario de casación.

En ese contexto, analizaremos un requisito que ha sido dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro para la aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica regulada por el art. 54, último párrafo de la LGS.

¹⁵⁴ Es importante destacar que la LCQ contempla un grupo de supuestos de extensión de quiebra en los que existe desestimación de la personalidad jurídica societaria –debido a que involucra a sociedades y sus socios- y otro grupo que no se relaciona con dicho instituto. En el texto nos referimos solamente al primer grupo.

En efecto, en la sentencia dictada el 18 de abril de 2018 en la causa “Notarfrancesco, Vicente C. C/ Micro Omnibus 3 de Mayo S.A. s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de ley” (expte. CS1-372-STJ2017/29280/17-STJ) estableció lo siguiente: *“De acuerdo con lo dicho, pues, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondiere a las personas físicas por ilícitos previstos por la normativa específica societaria, con respeto de la personalidad jurídica del ente, la doctrina de la desestimación de la personalidad jurídica debe, en su caso, emplearse en forma estricta. Su aplicación requiere la insolvencia de la sociedad, porque ante la inexistencia de un perjuicio concreto a un interés público o privado no se advierten razones que justifiquen su aplicación. Más aun en tal supuesto es preciso acreditar que la impotencia patrimonial ha desobedecido al riesgo propio de la actividad empresaria (cfr. la disidencia parcial del Dr. Lorenzetti, mientras los demás Ministros consideraron inadmisibile la queja (art. 280 CPCCN) en: CSJN D 752 XLII ‘Daverede, Ana María c/ Mediconex SA y otros’ -29/5/07- T.330. P. 2445)”*.

Como se puede apreciar, para hacer responsable a los socios por un pasivo de la sociedad que integran se exige la insolvencia de esta última. Pero no solo ello, sino que además esa insolvencia no tiene que haber tenido vinculación con el riesgo propio de la actividad empresaria.

Este criterio fue ratificado por el máximo tribunal provincial en las sentencias del 16 de abril de 2019 dictada en los autos “Taboada, Liliana I. c/ Furlan, Carlos y otros s/ Indemnización por despido s/ Inaplicabilidad de ley” (expte. B-3BA-67-L2016/29864/18/STJ) y en otra del 22 junio de 2022 dictada en la causa “Gastricini, Daniel M. c/ Emili, Dora L. y otro s/ Cobro de haberes s/ Inaplicabilidad de ley” (expte H-3BA-7-L2016/BA-06378-L-0000).¹⁵⁵

¹⁵⁵ En “Gastricini” el Superior Tribunal de Justicia sigue la línea sentada en “Notarfrancesco” pero aplica el instituto de las cargas probatorias dinámicas. En efecto, establece la sentencia lo siguiente: *“Más es preciso sin embargo destacar, que los recurrentes soslayan que eran ellos, en virtud de la dinámica de las cargas probatorias, los que debían acreditar en autos que eran otros socios los que incurrieron en fraude laboral respecto de Gastricini, y no este, que no tenía en sus manos los registros societarios pertinentes para demostrar una cosa o la otra. De modo semejante, aducen que el actor no ha probado que la sociedad no posea bienes o capital, por lo que estima que el fallo extralimita los hechos denunciados por el actor incorporando argumentos no invocados por él, en clara muestra de arbitrariedad e incongruencia, cuando **son los recurrentes quienes deberían haber demostrado que la sociedad tenía un patrimonio que fuera pasible de responder por las deudas societarias**”* (el sombreado es propio).

Tal como cita el tribunal provincial, se trata de un requisito de procedencia que fue establecido por el Ministro Lorenzetti, en su voto en disidencia de fecha 29 de mayo de 2007 en el recurso de queja deducido en la causa “Daverede, Ana María c/ Mediconex S.A. y otros”. En esa causa la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“CSJN”) por mayoría decidió declarar inadmisibile el recurso de queja interpuesto, con fundamento en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.¹⁵⁶

En varios fallos posteriores se repitió el mismo esquema: la CSJN rechazó los recursos con fundamento en el art. 280 del Código y Lorenzetti votó en disidencia con idénticos fundamentos.¹⁵⁷

Por ello, el criterio sentado en el voto en disidencia mencionado en “Daverede” nunca llegó a ser doctrina de la CSJN, toda vez que no logró imponerse por la mayoría de sus miembros.

Como se adelantó, esta doctrina que toma el Superior Tribunal de Justicia rionegrino exige como requisito para aplicar la inoponibilidad del art. 54, último párrafo de la LGS que la sociedad a la cual se le pretende descorrer el velo para llegar a sus socios o accionistas se encuentre en estado de insolvencia y que esa cesación de pagos no se deba al riesgo propio de la empresa.

¹⁵⁶ Para profundizar sobre el análisis del fallo “Daverede” puede consultarse López Raffo, Francisco M.: “Notas actuales de la inoponibilidad de la personalidad societaria”, en *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, T.2014-B, ps. 71-82.

¹⁵⁷ Tales causas, de las que tenemos registro, son: “Vázquez, Fabián Ariel y otro c/ Konttrollar S.R.L. y otro”, sentencia del 3 de julio de 2007 (Fallos: 330:2921); “Bresciani, José Felipe c/ Expreso San Antonio S.R.L. y otros”, fallo del 26 de febrero de 2008 (Fallos: 331:281); “Ventura, Guillermo Salvador c/ Organización de Remises Universal S.R.L. y otros”, fallo también del 26 de febrero de 2008 (Fallos: 331:303); “Sansonetti, Miguel Ángel y otros c/ La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A. y otros”, fallo del 8 de abril de 2008; y “Funes, Alejandra Patricia c/ Clínica Modelo Los Cedros S.A. y otro”, sentencia dictada el 28 de mayo de 2008 (Fallos: 331:1293). En la causa “Ventura” mencionada, la disidencia no solo fue de Lorenzetti, sino también del Ministro Fayt. El voto en disidencia emitido en forma conjunta en “Ventura” es prácticamente idéntico al de Lorenzetti dictado en “Daverede”.

En primer lugar, se trata de un requisito que no se encuentra contemplado en la LGS. Con lo cual, estamos ante un presupuesto adicional que no encuentra respaldo en la norma que lo regula.

Pero no solo que no se encuentra contemplado en la ley, sino que la contradice expresamente. Veamos.

El art. 54, in fine, establece que *“la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”*.

De la norma surgen dos efectos distintos:

- (i) El primero es la imputación de la actuación societaria al socio o controlante no socio que hizo posible esa actuación.
- (ii) El segundo de los efectos es la responsabilidad solidaria e ilimitada de esos socios o controlantes no socios por los daños que causen.

El primero de los efectos es la inoponibilidad propiamente dicha, toda vez que lo que se busca es correr el velo para imputarle a determinado socio una actuación de la sociedad (por ejemplo, un pasivo).

Por su parte, el segundo de los efectos es la responsabilidad de los socios o controlantes no socios, la cual es solidaria e ilimitada.

En ese sentido, el art. 827 del CCyC establece lo siguiente: *“Concepto. Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”*.

Y sobre la solidaridad pasiva, el art 833 del CCyC la define en estos términos: *“Derecho a cobrar. El acreedor tiene derecho a requerir el pago a uno, a varios o a todos los codeudores, simultánea o sucesivamente”*.

En ese sentido, se establece que la *“solidaridad pasiva (que es la forma más frecuente e importante de la solidaridad) tiene por objeto asegurar al acreedor el pago de su crédito, poniéndolo a cubierto contra la posible insolvencia de alguno de los*

*deudores; importa, por tanto, una garantía personal, una fianza. Tiene, además, para el acreedor, la gran ventaja de que, en caso de incumplimiento, no se verá obligado a intentar tantos juicios como deudores haya (como tendría que hacerlo si la obligación fuera simplemente mancomunada), sino que le bastará con demandar a uno de ellos por el total”.*¹⁵⁸

Por lo expuesto, la exigencia de la insolvencia de la que trata el más alto tribunal rionegrino, se contrapone con el carácter de la responsabilidad que es solidaria y también ilimitada. Porque en estos casos, quien pretende reclamar por daños, no solo puede ir contra cualquiera de sus deudores, sino que, además, no tendrá que probar la insolvencia de ninguno de los obligados al pago.

No sería lógico pensar que para el segundo de los efectos del art. 54, último párrafo (esto es, la responsabilidad por los daños) no se requiera de la insolvencia y que para el primero (la imputación de la actuación societaria a los socios o controlantes) sí se lo requiera. Exigir la insolvencia como presupuesto para la imputación de la actuación implicaría ir contra el espíritu de la propia norma, que para la responsabilidad por daños no lo exige.

Además de ello, entendemos que pretender que la insolvencia sea un presupuesto de aplicación, implicaría asimilar el segundo grupo de casos analizados en el punto 1 de este trabajo con el tercero. En ese tercer grupo se encuentran los casos en los que sí se requiere la cesación de pagos, que es un presupuesto para la declaración de quiebra (art. 1, LCQ).

Como explicamos más arriba, se trata de dos grupos de casos perfectamente diferenciados, a los cuales la propia ley los trata de manera diferente.

3. Conclusión

Si bien compartimos la aplicación restrictiva de la desestimación de la personalidad jurídica, no consideramos que la insolvencia sea un requisito para la procedencia de la inoponibilidad regulada en el art. 54 último párrafo de la LGS.

¹⁵⁸ Borda, G. A., *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I (Obligaciones), p. 461.

**VIABILIDAD, ART 100 LGS 19550, SOCIEDAD Y EMPRESA, VISIÓN
INTERDISCIPLINARIA. INTERESES EN TENSION, ABORDAJE.
MERCADO DE SALA, María Cristina¹⁵⁹**

Resumen: Respecto a la Viabilidad de la Empresa, es un error pretender resolver exclusivamente desde una visión unívoca ideal, la problemática compleja de las diferentes organizaciones. Así como: “no hay enfermedades, hay enfermos”, “**no hay una Empresa, sino Empresas diferentes, objetiva y subjetivamente consideradas**”, por más que se haya podido unificar y simplificar en el término “EMPRESA” “la actividad organizada”. Todo ello para concluir que, a la hora de iniciar una actividad, acompañar su gestión, tanto en tiempos normales, como en oportunidades de crisis (temporales o permanentes- internas o externas) y evaluar, auditar, gestionar, reorganizar etc. a las mismas, a los fines de su viabilidad y continuación y permanencia, **deben meritarse las diferencias entre unas y otras empresas aun cuando participen del mismo sector y actividad.** Es necesario pero **insuficiente el proyecto inicial de inversión, y el plan de empresa, éste debe ser flexible y adaptable a los diferentes factores e indicadores internos y externos, socioeconómicos y jurídicos, que influyen y condicionan la actividad dinámica.** Ello, incluso, dependerá de la capacidad de ejecución de dicho plan. **No basta hablar de capitalización o infracapitalización,** indicadores patrimoniales, sin ponderar otras variantes. **No hay una “fórmula” única** y ese es el desafío permanente de los intérpretes de la realidad empresaria y el derecho, en la interpretación objetiva del fenómeno, su dinamismo y los procesos inherentes a la actividad organizada.

INTRODUCCION

Cometemos un error si se “analiza” a “la Empresa”, minimizando la confluencia de **diferentes variables socioeconómicas, y el negocio de que se trata,** sin responder a diferentes interrogantes, como por ejemplo “en qué contexto se hace”? y descontextualizando en su concepto, realidades, entre otras:

¹⁵⁹ Profesora Consulta Universidad Nacional de Córdoba, Directora Carrera Especialista Derecho de los Negocios, Ex Titular Derecho Privado IV-Sociedades y relaciones de Organización, Cátedra “C”, Facultad de Derecho UNC.

1. Las diferentes actividades que desarrolla. (ej. Servicios, comercio, construcción, industria), requirentes de determinado patrimonio de riesgo y plazos de recupero de capital. Gran Empresa o PYME.
2. La coyuntura económica en la que está inmersa. (ej. Crecimiento económico, hiperinflación, hiperrecesión)
3. Mercado al que atiende. (ej. Interno, externo, abierto, cerrado, regulado o no, secuencias y períodos del mismo).
4. Condiciones sociales.
5. Diferenciando Empleo de productividad y empleabilidad.
6. Régimen Económico y Mercado de Trabajo.
7. Ventajas competitivas. Valor agregado, eficiencia y eficacia en la gestión. Gestión por procesos “Lean Thinking” (eliminando desperdicios). Capacidad de ejecución del plan de empresa.
8. Educación y nivel de escolarización de la población.
9. Población económicamente activa.
10. Nivel de Pobreza. Desigualdades (índice de Gini).
11. Acceso a nuevas tecnologías.
12. Titularidad de la Empresa y Organización Jurídica.
13. Empresas de triple impacto. EMPRESAS BIC.
14. Presión impositiva. COSTOS incluso el laboral previsional (asistencial).
15. Multiplicación o consumo de patrimonio para mantenerse (viabilidad económica?) o brindar empleo incluso a socios (autoempleo).

Asimismo, en opinión de la suscripta, corresponde analizar a la Empresa desde los riesgos y las diferentes tensiones de intereses que debe (diligencia art. 59LGS) gestionar el administrador, a partir de los diversos intereses internos y externos, a los que desde sus inicios está expuesta la actividad, y que condicionan su viabilidad. Tensiones que no siempre se resuelven en el interés de la Empresa de que se trate¹⁶⁰. Por nombrar algunos intereses:

1. Emprendedores. Empresarios.
2. Propietarios del Capital: Socios, cuyos intereses contrapuestos, yuxtapuestos y superpuestos inicialmente se compatibilizan a la hora del contrato/acto constitutivo, y deben incluso considerarse durante la existencia de la organización y ejecución de la voluntad expresada en oportunidad del acuerdo. Más aún si se trata de una organización

¹⁶⁰MERCADO DE SALA, Maria Cristina, “AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD E INTERESES EN PUGNA: SOCIOS, SOCIEDAD Y EMPRESA”, ISBN: 978-987-1123-91-9 ACTAS III ENCUESTRO DE INSTITUTOS DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA -12, 13, 14 y 15 de noviembre de 2019. “LA EMPRESA: VISIÓN JURÍDICA Y SOCIAL SUS CONTRIBUCIONES AL CRECIMIENTO GLOBAL” Córdoba (Argentina)-2019, pgs. 203-215.

personificada, en su expectativa de permanencia, y política de distribución de dividendos. Debe evitando un consumo de patrimonio que ponga en peligro la actividad, peligro que subyace en las sociedades personalistas. Ejemplo de profesionales, cooperativas de trabajo.

3. Financiación, a partir de ganancias sociales o de terceros. Tasas de endeudamiento y acceso a la banca.

4. ¿Empresa de Familia o Familia Empresaria.? Los intereses difieren.

5. Trabajadores, y sus expectativas salariales. Profesionalización. Certificaciones de calidad.

6. Insumos y necesidades tecnológicas.

7. Estado. Mercado desregulado o no. ¿Política de sustitución de importaciones?. ¿Modelo exportador?.

8. Medio Ambiente.

9. Mercado.

10. Consumidores

11. Relaciones de Actividad Social y Económica voluntaria.

12. En general distintos Portadores de Interés, (share y stakeholders.)

ABORDAJE JURIDICO DESDE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 19550

En oportunidad de legislar, el problema jurídico de que se trata es multidimensional. Identificamos un **“interés jurídico de los negocios”**¹⁶¹, fundado en disposiciones y derechos constitucionales y el orden económico nacional.

La ley general de sociedades (arts. 1, 59, en especial la Sección IX, ej., 61 a 72, 100, 205, 206, 241, 273, 274 y ccs.), podemos decir que receptando el principio de Autonomía de la Voluntad y sus Límites, establece la **“MANDA” de “Viabilidad Económica y Social de la subsistencia de la Actividad de la Sociedad”, (art 100), aún ante causales de disolución.** Las mismas pueden ser removidas “mediando decisión de órgano de gobierno”.

Corresponde al órgano de gobierno, entonces, **desde la consideración de la confluencia de las diferentes variables e intereses en pugna, conforme proyecto de inversión y plan de empresa** (ej. previendo Plan A, B, C conforme a los posibles escenarios) **organizado de manera flexible, encomendar la administración y gestión a quien tenga las habilidades negociales adecuadas a las necesidades de la Empresa**

161 MERCADO DE SALA, María Cristina, “VIABILIDAD DE LA EMPRESA, UNA CUESTION DEL MUNDO JURIDICO MULTIDIMENSIONAL, ECONOMICA, Y DE FENOMENOS Y PROCESOS DE ADMINISTRACION Y GESTION”, ISBN 978-987 48765-8-4, Tomo I, pg 303, XV Congreso Argentino de derecho societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Copyright Fac. Cs. Economicas UNC, Cba. 2022.

de que se trata. Ello compromete la viabilidad de la Empresa y la subsistencia de la sociedad u otra actividad económica organizada, gestionada con diligencia y lealtad.

El art. 1 conceptualiza a la sociedad a partir del **aporte**, que deberá aplicarse a la **“producción o intercambio de bienes o servicios”**. El **aporte**, deviene para el socio aportante en el goce de derechos, y las consiguientes obligaciones, cuyo incumplimiento genera responsabilidades. Respecto de la viabilidad que nos ocupa, el deber de colaborar es relevante en cuanto engloba diferentes cargas, la primera y más significativa es la de **“no consumir”** a través de dividendos imprudentes, patrimonio necesario para el financiamiento de la actividad, la subsistencia, crecimiento y desarrollo de la Empresa. Tampoco, encomendar la administración y gestión a quienes no tengan las habilidades necesarias para la ejecución del plan de empresa.

Mencionar **aplicar, producir, intercambiar**, implica exigibilidad de acciones orientadas a mantener la actividad, desde la administración responsable y la gestión eficiente (producción de calidad) y eficaz (producción al menor costo) de recursos disponibles para la **“MANDA” de producción e intercambio a riesgo razonable** (no temerario) y equilibrio prudente entre los diferentes intereses que tensan constantemente. Implica además procesos que referidos a la actividad productiva implican **“transformación y en ciertos casos destrucción”** de **“inputs”** en **“outputs”**, por lo que los socios deben considerar especialmente la profesionalidad de la administración y la gestión.

El art 59 LGS, recepta esta carga en tanto, son los socios quienes designan a los administradores y expresa que **“los administradores y representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”**. La dificultad radica en dar contenido a estas obligaciones. La de **lealtad** encuentra su correlato en el art 273 (no actuar en competencia), sin embargo, la de **falta de diligencia** es comprobable en relación con resultados, no necesariamente económicos que podrían provenir de actividades ilícitas. Además habrá que probar dolo, negligencia, daño. En las épocas de Big Data que transitamos, donde es posible hacer mediciones, la imagen de la empresa, la calidad del producto, las certificaciones internacionales, coadyuvan para generar criterio de diligencia, pero nuevamente, será cuestión de prueba.

El **buen hombre de negocios deberá ser un “buen negociador”**¹⁶², respecto de los llamados **“clientes”** internos, los externos, proveedores y en general todos los share y

¹⁶² CMI INTERNATIONAL GROUP, www.cmiigroup.com, **“NEGOCIACION:DEFINA SU META”**...”no deberíamos llegar a un acuerdo, a menos que dicho acuerdo: 1. Sea mejor nuestra mejor alternativa a un Acuerdo negociado, 2. Satisfaga los intereses nuestros, bien, los de ellos, de manera aceptable y los de los otros, de manera tolerable, 3 Sea una solución sin desperdicio (la mejor opción entre muchas), 4. Sea legítimo para todos, 5. Incluya compromisos realistas, suficientes y operativos, 6. El proceso sea eficiente y exista buena comunicación. 7. El proceso mejore la relación...”

stockholders y sus diferentes intereses en pugna. Deberá tener la **profesionalidad** necesaria y estar atento a las fortalezas y debilidades tanto internas como externas a la organización, (análisis FODA), cuya administración y gestión ha comprometido.

Lo expresado tiene directa relación con el **enfoque de empresa elegido**, “**LA VIABILIDAD**” económica o financiera inmediata que debe provenir de objeto y actividades lícitas, responsables económica y socialmente. Ello con independencia de eventuales ejercicios deficitarios, producto de causas justificables (la pandemia por ej). a las que se responde con la necesaria habilidad, para gestionar la organización desde el riesgo, lo imprevisible y la tensión entre los diferentes intereses en juego. **La LGS art 71**, prevé la conducta a seguir en los casos de pérdidas de ejercicios, o sea la “imposibilidad de distribuir ganancias hasta tanto no se cubran pérdidas de ejercicios anteriores.” Tales pérdidas no deben ser permanentes, de lo contrario el régimen de la Ley de Concursos y Quiebras deviene aplicable.

La Secciones XI arts. 61 y ss, en forma pormenorizada constituye una suerte de “**guía de buenas prácticas**” para quienes administran patrimonios y gestionan la actividad. Ello en tanto la información de estados contables, de resultados, notas, Memoria, implica la rendición de cuentas económico financieras. El **art. 68**, impone el límite a la distribución de **dividendos relacionado a ganancias realizadas, sin hacer referencia a la “perspectiva de las futuras operaciones”** (art.66 inc 5), **ni a sus previsiones económico-financieras, y las reservas legales** en cuanto a sus anclas no serían suficientes en relación con la realidad argentina.

Sin embargo, es de destacar que el **art. 70**, en cuanto a “**Otras reservas**”, la expresión “**sean razonables y respondan a una prudente administración**”, **obliga tanto a administradores como socios, ponderar todos los extremos que puedan afectar la viabilidad**. Ello por supuesto que, implica considerar costos fijos y gestión de riesgos y tensiones, derivadas de las relaciones negociales e intereses de los diferentes portadores de interés. La ley prevé el caso del “**consumo del patrimonio**” cuando en los arts. 205 y 206 prevé los casos de pérdidas sufridas por la sociedad y para restablecer el equilibrio entre capital y patrimonio sociales. Imponiendo reducción obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital art 206. Normas relativas a un anclaje de solvencia/liquidez, que en la Argentina inflacionaria resultan inocuas.

Gestionar en un **Mercado altamente** regulado, deviene bastante dificultoso, frente a políticas laborales que **imponen convenios colectivos por actividad y no por empresa**. Ej. Un aumento del 20% para los salarios de la nómina, no impacta de igual manera en la MiPYME que en la Gran Empresa, en la industrial que en la de servicios, etc.

Se critica y hasta denosta a las empresas y empresarios, Gran Empresa y PYME, y cada día resulta más costoso a las PYME subsistir por las propias regulaciones e impuestos a las que obliga el Estado Argentino. Otro tanto podemos decir del llamado “control de precios” o “precios cuidados”. La viabilidad está en constante cuestionamiento.

Visualizamos que se pretende regular sin tener en consideración el mundo multidimensional en el que vivimos, incluso con leyes que responden a otros “sistemas” (si tomamos las expresiones de la actualidad, donde la de “ecosistema emprendedor es muy común), en los que las empresas y sus actividades tienen características diferentes.

CONCLUSIONES

El tema abordado “**VIABILIDAD**” E “**INTERESES**” es de tal relevancia, que es imposible agotarlo en esta comunicación. Ha sido mi intención, sembrar la inquietud de quienes nos dedicamos a hablar o asesorar sobre la Empresa, y más aún ejercer la docencia, seamos conscientes de que la riqueza de las diferentes variables, no sólo jurídicas, sino socioeconómicas, en algo como el **libre ejercicio del derecho a emprender negocios, y asociarse con fines lícitos**, requiere de la formación y actualización permanente en el universo multidimensional de quienes lo abordamos.

Convoco a interpretar y aplicar el art. 100 de la LGS, en cuanto a “**RESOLUCIÓN DE CAUSALES DE DISOLUCIÓN**”, a los efectos de la remoción de las mismas decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, **si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad....”, a partir de una meritución multidimensional correcta del caso específico de la empresa de la que se trata.**

Finalmente, **insistimos que para merituar la viabilidad:** 1. Debe valorarse de manera interdisciplinaria, el fenómeno actividad, o sea la película y no la escena, 2. Las demandas de Mercado, 3. La función social (que simplemente no debe ser necesariamente positiva agregando valor, sino que basta en no ser negativa -no resta más que lo que genera-), en cuanto mantiene el empleo, al que le hace falta un mercado laboral con empleabilidad, 4. “La Empresa” de que se trata y la capacidad de daño en ambos casos, tanto en la continuación como en la desaparición, 5. La profesionalidad de la gestión. 6. El expertise y calificación necesaria del analista y el juzgador, para aprehender el fenómeno en su esencia y comprenderlo como realidad dinámica, con perspectiva de proyección futura. 7. Remitimos a estudios de subsistencia de casos exitosos de Empresas¹⁶³.

Abordaje similar se propone en oportunidad de resolver sobre la continuación de la empresa, desde la LCyQ.¹⁶⁴

¹⁶³COLLINS Y PORRAS JERRY, “BUILT TO LAST-Successful habits of visionary companies”, Harper Collins Publishers, New York, 2002, ISBN 0-88730-671-3.

¹⁶⁴RICHARD, Efraín Hugo, “LOS EFECTOS SOCIETARIOS Y CONCURSALES DEL PLAN DE VIABILIDAD EMPRESARIA” ISBN 978-987 48765-8-4, Tomo I, pg 315, XV Congreso Argentino de derecho societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Copyright Fac. Cs. Economicas UNC, Cba. 2022.,

LAS SOCIEDADES QUE OMITEN EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN ¿INTEGRAN LA SECCIÓN IVª DE LA LGS?

MIGUEL, Luis Alberto

Resumen: *La comunicación postula que la cuestión de las sociedades que evitan el procedimiento de la liquidación continuando con su actividad empresarial, lejos de conformar la sección IV de la LGS, presenta su propio régimen de responsabilidad respecto a los socios, conforme lo postula el Art. 99 -2do. Párr.- LGS.*

I.- La temática

La comunicación trata de determinar si la sociedad que evita el procedimiento de la liquidación y continúa su actividad empresarial sin solución de continuidad, constituye una Sociedad de la Sección IVª o si la solución descrita por el artículo 99 de la ley 19.550 define una hipótesis particular, a la cual se le aplican solo las consecuencias allí previstas.

Con anterioridad a la sanción de la Ley 26.994 que venía a reformar la Ley 19.550, podría considerarse que la cuestión debatida resultaba de interés a efectos de aplicar el régimen de responsabilidad contenido en las normas que por entonces regulaban las *sociedades irregulares o de hecho*.

Sin embargo ahora, con un régimen de responsabilidad más laxo como lo es el contenido en el Art. 24º de la nueva Sección IV de la Ley General de Sociedades, la cuestión parece tomar distancia acerca de determinar si la sociedad que evite el procedimiento liquidativo debería considerársela incurso en incumplimiento de formalidades exigidas en la ley para ameritar la aplicación de tal Sección.

Entendemos que la cuestión, lejos de conformar la sección IV de la LGS, presenta su propio régimen de responsabilidad respecto a los socios, conforme lo postula el Art. 99 -2do. Párr.- LGS.

II- Antecedentes

Durante la vigencia del Código de Comercio, se consideró a las sociedades que evitaban el trámite liquidatorio, continuando con su actividad habitual, como una modalidad de las sociedades irregulares o de hecho, a la cual se le aplicaban, las normas de la sección IV de dicha ley, titulada "De la sociedad no constituida regularmente" (arts. 21 a 26 L.S.) en lo que resultaba compatible.

Posteriormente, dicho criterio comenzó a ser revisado en el Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, celebrado en la ciudad de La Cumbre, en la

Provincia de Córdoba, durante el año 1977, donde se había postulado¹⁶⁵ que la temática encontraba expresa solución en la norma del artículo 99 de la ley 19.550, que, incluida dentro de la sección referida a la disolución, y bajo el título "Administradores: Facultades y derechos" expresamente prevé que "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 causal de disolución, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. A continuación, y en un segundo párrafo, expresamente dedicado al tema que nos ocupa, dicha norma prescribe: "Responsabilidad: Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos".

Así pues, de la interpretación del Art. 99 de la LGS podrían derivarse algunas conclusiones, tales como:

a) Producida la disolución de la sociedad, por cualquiera de las causas previstas por el artículo 94 de la ley 19.550, con excepción de la causal prevista en el inciso 6º (declaración de quiebra), los administradores deben poner fin a la actividad habitual de la sociedad, para comenzar, de inmediato, el procedimiento de liquidación, salvo que los integrantes de la sociedad pusieran en marcha del mecanismo de la reconducción del contrato social, para volver, en derecho, a la operatoria mercantil que constituía el objeto de la sociedad.

b) Bien es cierto que la liquidación no implica necesariamente que la compañía deje, de un día para otro, de proveerse de ciertas mercaderías o efectos, cuando éstos son necesarios para facilitar la liquidación de los bienes que integran su activo, pero el principio general que gobierna la materia es que, salvo los asuntos urgentes que se relacionan con el giro habitual de la sociedad, quienes se desempeñaban como administradores a la fecha del acaecimiento o de la constatación de una causal de disolución, deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

c) A partir de allí y en lo que respecta a la responsabilidad de la sociedad, los administradores y los socios, se pueden presentar diversas hipótesis, que encuentran soluciones diferentes: 1) Si los liquidadores se encuentran transitando la etapa liquidatoria, la sociedad continuará respondiendo por las obligaciones sociales contraídas (art. 101 L.S.) y los liquidadores estarán excluidos de toda responsabilidad personal por dichos compromisos; 2) Por el contrario, si los administradores ignoran el acaecimiento de la causal disolutoria, y siguen desarrollando el objeto social, como si nada hubiera pasado, aquellos se convierten en responsables ilimitados y solidarios por

¹⁶⁵ "Carácter de la sociedad cuyo plazo de duración hay fenecido". Ponencia presentada al Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, La Cumbre, Córdoba, 1977, por Francisco Quintana Ferreyra, José Ignacio Romero, Ignacio Escutti (h.) y Efraín Hugo Richard. Actas, Depalma, t. I, p. 509

las obligaciones ajenas al trámite liquidatorio, responsabilidad que podrá ser reclamada por los terceros y los socios.

d) Finalmente, y en cuanto a la situación de quienes integran como socios o accionistas la compañía disuelta, pero no liquidada, el artículo 99 de la ley 19.550 hace una concreta referencia a la responsabilidad de los mismos, a continuación de definir los alcances de la responsabilidad de los administradores que evitan el procedimiento liquidatorio, a la cual define como solidaria e ilimitada, pero agregando "sin perjuicio de la responsabilidad" de los socios.

Ahora bien, cuando el plazo de duración de la sociedad ha vencido o ha acaecido alguna otra causa disolutoria, como bien ratifica el artículo 101 de la ley 19.550, "La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto y se rige por las normas correspondientes a su tipo, en cuanto sean compatibles".

A ello no obsta que se trate, la sociedad disuelta, de una sociedad en la cual los socios limitan su responsabilidad a la integración de las participaciones societarias (cuotas o acciones) que son titulares, pues esa responsabilidad acotada solo podrá ser invocada cuando la compañía funcione legalmente, lo cual no acontece, precisamente, cuando se evita el trámite liquidatorio, procedimiento cuyo tránsito, y como lo ha advertido la jurisprudencia en forma reiterada, reviste el carácter de orden público, atento los intereses que se encuentran en juego y que trascienden al interés de los integrantes de la sociedad.

En conclusión, se trata de determinar si la sociedad disuelta que evita el trámite liquidatorio y que continúa su actividad empresarial sin solución de continuidad, constituye una variante de una sociedad irregular o si la solución descripta por el artículo 99 de la ley 19.550 define una hipótesis particular, a la cual se le aplican solo las consecuencias allí previstas.

La doctrina judicial del caso "Interchange and Transport International Sociedad de Responsabilidad Limitada" resuelta por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 4 de junio de 2012, donde se trataba de un pedido de extensión de quiebra requerida por la sindicatura, tendiente a la declaración de quiebra de los socios de la fallida, con el argumento de se encontraba vencido el plazo de duración de su contrato social y que había continuado ininterrumpidamente su actividad comercial, hasta que se le declaró la quiebra, el Tribunal de Alzada confirmó la resolución apelada, invocando los siguientes argumentos:

1) El solo vencimiento del plazo de vigencia de la sociedad no la convierte en irregular, en los términos del artículo 21 y siguientes de la ley 19.550; 2) La mera omisión de los socios de iniciar el período liquidatorio tras haber vencido el plazo de vigencia del ente, no constituye un elemento que por sí solo habilite inexorable y categóricamente a extenderle la quiebra de la sociedad; 3) La irregularidad es solo vicisitud que solo puede figurarse durante el llamado iter constitutivo, y a causa de la omisión de inscribir el ente en el registro pertinente y 4) El pedido de extensión de la quiebra con sustento en la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios establecida

por el artículo 99 de la ley 19.550, requiere de la efectiva prueba de la continuación de la operatoria comercial por parte del ente con posterioridad al vencimiento del plazo de vigencia.

En la doctrina judicial del caso "Frenquelli Marcela Claudia y otros contra Tendidos y Montajes Sociedad de Responsabilidad Limitada y otros sobre apremio", la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Circunscripción Judicial de la Ciudad de Rafaela, en fecha 25 de septiembre de 2012, llegó a conclusiones diametralmente opuestas a las aludidas precedentemente, admitiendo que, si la empresa demandada continuaba con su giro habitual, en infracción a lo dispuesto por el artículo 99 de la ley 19550, esto es, si se ha configurado alguna de las causales de disolución: vencimiento del plazo de duración, acuerdo de disolución o declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, queda encuadrada como sociedad de hecho o irregular.

En cambio, si no prosigue con sus habituales actividades, debe entenderse que queda alcanzada por la disposición del artículo 101 de la referida ley, conforme a la cual, la sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto y se rige por las normas correspondientes a su tipo, en cuanto sean compatibles.

A diferencia del otro caso en análisis, la sentencia definitiva recaída en el caso "Frenquelli", fue dictada en el ámbito de un juicio laboral, donde la actora reclamó, además de la condena contra la sociedad, la extensión de la misma a las dos personas físicas que acumulaban el carácter de únicas socias y administradoras de dicha compañía, la cual había quedado disuelta por vencimiento de su plazo de duración. Entendió al respecto el Tribunal de Alzada de la Ciudad de Rafaela, que la omisión de transitar el período liquidatorio hacía responsables a aquellas por aplicación del artículo 59 de la ley 19550, resultando asimismo procedente la aplicación al caso de lo dispuesto por el artículo 56 de ese mismo cuerpo legal, pues al haber vencido el plazo el contrato social, el tercero acreedor puede demandar a la sociedad el cumplimiento del contrato celebrado y ejecutar la sentencia contra los socios, sea que se considere que la sociedad se transformó en irregular o que se haya comprometida la responsabilidad personal de los socios.

Ello así por cuanto con mayor razón frente a terceros, que nunca pueden ser perjudicados, si el contrato social no tiene mas vigencia por ocurrir una causa de disolución, y la sociedad debió entrar en liquidación y no lo ha hecho, la inoponibilidad de las cláusulas sociales que benefician la responsabilidad de los socios es evidente y son los socios los únicos responsables de ese hecho, pues de lo contrario, la exigencia del artículo 11 inciso 2º de la ley 19.550 perdería todo sentido, pues la responsabilidad limitada sería indefinida a pesar de la desobediencia por los socios y administradores de la normativa legal que impone el trámite liquidatorio.

Ahora bien, resulta casi conteste la opinión acerca de la necesidad de que, para aplicar la responsabilidad solidaria e ilimitada prevista en el artículo 99 de la ley

19.550, es necesario demostrar la continuación de la operatoria comercial por parte del ente disuelto, con posterioridad al acaecimiento de la causal disolutoria.

Se trata pues de una cuestión referida a la carga de la prueba, que debe estar en cabeza de quien invoca los hechos fundantes de su pretensión, esto es, a quien invoca la continuidad de la actividad empresaria por la sociedad disuelta.

Comparto el criterio de que la mera omisión de los socios de iniciar el proceso liquidatorio tras haber vencido el plazo de vigencia del ente, no constituye un elemento que por sí solo habilite inexorable y categóricamente a extenderles la quiebra de la sociedad, por responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios.

A esta altura, resulta difícil pensar que la aplicación de la nueva Sección IV de la LGS constituya un imperativo que conlleve, con la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, una suerte de sanción para los propios socios; sino más bien podría consistir en una derivación del propia Art. 21 de la LGS que declara incluida a toda sociedad que no cumpla con las formalidades exigidas en dicha norma.

RÉGIMEN DE VALUACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA SAS

PÉREZ HUALDE, Fernando

Sumario: Los antecedentes justificativos de la valuación de una prestación accesoria exigidos por el art. 42 LACE, pueden responder a parámetros subjetivos y autónomos establecidos para cada caso en particular, no coincidiendo necesariamente con aquellos establecidos para otras prestaciones realizadas en la misma sociedad. La autoridad de aplicación (Directores de Registro) no podrá realizar valoración alguna respecto del método de valuación de la prestación accesoria que se hubiere utilizado en cada caso, en tanto el mismo responderá a la negociación que se hubiere realizado con el obligado.

Ponencia

El art. 42 de la ley 27.349 (LACE), relativo a los aportes de los socios en las SAS, establece un régimen de prestaciones accesorias cuyas particularidades lo distinguen del tratamiento que realiza del instituto el art. 50 de la Ley General de Sociedades (LGS).

Entre las diferencias existentes entre uno y otro régimen, podemos destacar las siguientes:

- 1) Que el régimen de la SAS refiere solamente a la prestación de servicios, en tanto que el de la LGS es más amplio, impidiendo solamente que sean en dinero (así, podría tratarse de obligaciones de hacer, no hacer o incluso dar en uso y goce);
- 2) Que en la SAS puede tratarse de servicios ya prestados o a prestarse en el futuro, mientras que el régimen de la LGS no hace referencia al respecto, de lo que podría deducirse que son para el futuro;
- 3) Que el régimen de la SAS permite que sean cumplidas por socios, administradores o terceros proveedores, al tiempo que la LGS conforme al encabezado del art. 50, limita las mismas a los socios. El tratamiento de la SAS en este caso no solo diluye el carácter de *accesorias*, sino que además se constituye en una herramienta eficaz para estructurar un régimen de *mentoría con vesteo de acciones*;
- 4) Que el sistema de la SAS es más exigente en el supuesto de que se pretenda transferir acciones conexas a una prestación, al exigir el consentimiento unánime de los socios. Por el contrario, el art. 50 LGS requiere para las SA sólo la aprobación del directorio. En el caso de la SRL exige la aprobación de la mayoría de los socios que fuere necesaria para modificar el contrato social (salvo pacto en contrario);
- 5) Que el art. 50 LGS establece que las prestaciones no integran el capital social, aspecto que la LACE no contempla. Ha sido la IGJ, a través del art. 27 de la Res. Gral. 6/2017 (Anexo A)

- que regulara su inscripción, la que así lo ha expresado (regulación que consideramos criticable);
- 6) Que el art. 50 LGS requiere que sean claramente diferenciadas de los aportes, mención que no realiza el art. 42 de la LACE. Por el contrario, consideramos que este último les concede tal categoría, no solo por la ubicación en la ley (art. 42 relativo a los aportes), sino también porque establece de forma clara que *“podrán ser aportados al valor que los socios determinen en el instrumento constitutivo o posteriormente por resolución unánime de los socios, o el valor resultará del que determinen uno o más peritos designados por los socios en forma unánime. El instrumento constitutivo deberá indicar los antecedentes justificativos de la valuación.”*.

Coincidimos con quienes entienden que, como consecuencia del diverso tratamiento que realiza uno y otro régimen, los mismos no son excluyentes, sino que se complementan¹⁶⁶. Incluso, pensamos que el régimen de la SAS (posterior en el tiempo), es útil a los fines de la interpretación del previsto en la LGS, cumpliendo así con el denominado *efecto SAS*.¹⁶⁷

Hemos manifestado que dichas prestaciones constituyen un aporte, apartándonos así de aquellos que consideran que no lo son¹⁶⁸. Es más, muchas veces serán el único y principal aporte que realice un socio (de naturaleza intangible, como lo es el *know how*), el que incluso puede llegar a ser el de mayor trascendencia para la sociedad (ej. el desarrollo de un –a la postre- valioso software)¹⁶⁹. Así ponemos en duda el carácter de “acesorias”, en tanto desde un punto de vista económico, serán sin duda principales. La accesoriedad es, en todo caso, respecto de la calidad de socio, aunque como hemos visto en el caso de la LACE, podrían incluso no cumplir dicho carácter al ser prestadas por un director o proveedor. Como bien lo afirma calificada doctrina *“toda prestación necesaria para satisfacer el interés del acreedor debe ser reputada como*

¹⁶⁶ MANOVIL, Rafael M., “La SAS y las normas generales de la ley de sociedades”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de Anales – Año LXIII, Segunda época – Número 56, diciembre 2018, pág. 24 y ss.

¹⁶⁷ RAGAZZI, Guillermo E., “La sociedad por acciones simplificada (Breves notas sobre sus antecedentes y régimen legal)”, RDCO, 285, agosto 2017, Ed. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, ps. 757 y ss.

¹⁶⁸ Así, VITOLLO, Daniel R., “Aportes suplementarios y prestaciones accesorias en las sociedades comerciales”, LA LEY 22/09/2010, 22/09/2010, 1, aunque, debemos aclararlo, refiriéndose al tratamiento de la LGS.

¹⁶⁹ Remitimos a lo sostenido en “El capital social”, ORQUERA, JUAN P. y RASPALL, Miguel A. (dir.), Ed. Astrea, Bs.As., 2022, pág. 127 y ss., en oportunidad de desarrollar el aporte de intangibles.

*prestación principal. ... Accesorias son aquellas que no se articulan como estrictamente necesarias para que el interés del acreedor quede satisfecho ...*¹⁷⁰.

Tampoco deben ser denominadas, *strictu sensu*, prestaciones. Deberíamos hablar de verdaderas obligaciones. La prestación es la forma de cumplir aquellas¹⁷¹.

Como consecuencia de lo dicho hasta aquí, no hay duda de que forman parte del patrimonio de la sociedad. Así lo sostenía el legislador del '72¹⁷².

Por estas razones (ser un aporte y formar parte del patrimonio), las mismas se verán necesariamente reflejadas o reconocidas mediante una participación en el *capital* de la sociedad, en tanto éste continúe cumpliendo la función de patrón de medida en el ejercicio de determinados derechos por parte de los socios (ganancias, cuota de liquidación, etc.)¹⁷³.

Entre los variados interrogantes que plantea el texto legal (LACE) uno de ellos es el referido a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta a la hora de realizar la valuación de dichas prestaciones, sobre todo teniendo en consideración que debe establecerse también un régimen de sanciones para el caso de incumplimiento y un mecanismo alternativo de integración para el supuesto de que se tornare imposible su cumplimiento.

Entendemos que el hecho de que la norma exija indicar los antecedentes justificativos de la valuación, bien sea que la misma la realicen los socios o lo fuera mediante peritos, no implica que estos (socios o peritos) tengan que utilizar parámetros objetivos y uniformes de valuación para la totalidad de las prestaciones accesorias comprometidas en una sociedad determinada.

Sostenemos esto porque del mismo modo que en la SAS pueden existir acciones que concedan idénticos derechos pero que tienen un precio diferente (prima de emisión diferenciada mediante –art. 47 LACE–), cuando el aporte sea realizado a través de prestaciones accesorias, podemos aplicar idéntico principio.

De este modo, el reconocimiento de participación en el capital de la sociedad que se realice a un socio por cumplir una prestación accesorio determinada (por ejemplo mediante la

¹⁷⁰ DIEZ-PICASO, L., "Fundamentos del derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias", 4ta. Edición, Madrid, 1993, pág. 313.

¹⁷¹ PEÑAS MOYANO, María J., "Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 48.

¹⁷² En la exposición de motivos de la LGS, sostenía "El proyecto en su art. 50 regula las prestaciones accesorias, que se distinguen de los aportes en que no integran el capital sino solamente el patrimonio" (Cap.I, Secc. VI, pto. 9).

¹⁷³ Claro está que las funciones de garantía y productividad la ha perdido hace tiempo.

entrega de acciones conforme a un sistema de vesteo), no tiene que coincidir necesariamente con la participación en el capital que se reconozca a otro socio que realice idéntica o similar prestación.

Así entonces, los antecedentes justificativos de la valuación que la ley exige, deben ser considerados en cada caso particular de forma autónoma (para cada persona que cumple la prestación), y no de manera genérica para todas las prestaciones comprometidas.

Los antecedentes justificativos de la valuación serán de utilidad para los casos de incumplimiento y sus respectivas sanciones, como así también para los supuestos de tener que recurrir a un mecanismo alternativo de integración.

Como consecuencia de lo expuesto, consideramos que tampoco podrá la autoridad de aplicación (Directores de Registro) realizar valoración alguna respecto del método de valuación de la prestación accesoria que se hubiere utilizado en cada caso particular, en la medida que la participación a reconocer en el capital de la sociedad a quien cumpla la misma, responderá a la negociación que en cada caso se realice con el obligado, la que también comprenderá el régimen de sanciones que se pacten para el caso de incumplimiento.

EL COSTO DEL CONFLICTO SOCIETARIO. EL COSTO PARA LA COMPAÑÍA. EL COSTO PARA LOS SOCIOS

PIZZANO, Germán Alberto

Ponencia:

El Conflicto societario como conflicto humano interpersonal tiene un alto costo para los socios y para la compañía, probablemente evitable si las decisiones de las partes se tomen con criterios profesionales por sobre convicciones subjetivas y personales de los socios.

Sumario:

El Conflicto societario como conflicto humano interpersonal tiene un alto costo para los socios y para la compañía, compuesto por: las costas procesales, la caída de la productividad o la pérdida total de la rentabilidad, sin perjuicio del daño psicológico y moral para los accionistas de soportar por años el conflicto.

Este peor escenario probablemente podría ser evitable si al inicio del conflicto los protagonistas optasen por criterios profesionales aplicables durante el transcurso del proceso de toma de decisiones.

En la praxis judicial, asistimos profesionalmente a accionistas que en vez de transitar un proceso técnico de toma de decisiones, de realizar un análisis FODA de su situación frente a la compañía y al conflicto.

Por el contrario, los miembros de sociedades cerradas, donde la vinculación familiar o interpersonal tiene una relevancia fundacional, el conflicto es una vivencia emocional que turba o envicia el discernimiento y los mutuos reproches se entrecruzan en un sinfín de imputaciones recíprocas que se cristalizan con la litigiosidad propia en el fuero Comercial y con la interposición de denuncias en el fuero penal, escándalos, riñas y daños en las cosas.

Si en el inicio del conflicto, los accionistas recordasen que su inversión de capital inicial se realizó con la expectativa de obtener una rentabilidad como resultado de la distribución de dividendos, deberían priorizar la continuidad del proceso productivo y el rendimiento de los bienes de uso y de capital conjuntamente con la facilitación de la comercialización de los bienes de consumo. En definitiva la pérdida del affectio societatis determina la situación deficitaria del negocio.

Si el conflicto escala y se instala, termina afectando la productividad de los bienes de uso, del capital y hasta los índices de productividad de los RRHH de la organización, que sin conducción ni supervisión tendrán una tendencia a la baja

productiva. Oviter dictum, el personal también puede tomar partido en la contienda profundizando la crisis.

El contexto de crisis de la organización en un mercado competitivo implica la pérdida de clientes y mercados, lo cual se traduce en una caída de Ingreso por Ventas Totales y la situación constante en el tiempo lleva a la compañía hacia una paralización y/o a un estado de insolvencia o a la cesación de pagos del art. 79 de la LCQ.

Una alternativa para evitar la profundización del conflicto es proponer al accionista un proceso técnico de toma de decisiones abordado desde la Teoría de la Administración y del Costo Financiero que implica la continuación y profundización del conflicto.

Otra alternativa de lege ferenda, podría versar en llevar a Mediación al conflicto societario una vez realizada la Intervención de Veeduría, por ejemplo en los casos de los arts. 113, 114 y siguientes de la LGS.

1. Las características del conflicto societario:

Desde perspectiva de la praxis litigiosa del conflicto Societario, podemos destacar algunas premisas descriptivas:

- Como parámetro general, se trata de un conflicto multilateral.
- Las partes suelen tener intereses diversos en detrimento del affectio societatis.¹⁷⁴
- Subyace un conflicto interpersonal con posiciones subjetivas e imputativas de reprochabilidad a la otredad.
- Cuestiones propias de la Teoría del Conflicto: conflicto interpersonal, se mezclan personas y problemas, etc.
- Como denominador común del conflicto: el accionista no tiene acceso a la información o se lo excluye de facto.

2. Taxonomía del Costo del Conflicto según su variabilidad:

Las costas procesales: Las acciones procesales propias de la litigiosidad societarias: impugnación de asambleas art. 251 LGS, responsabilidad civil de Directores art. 59 LGS, Intervenciones Judiciales arts. 113 y siguientes, etc. Constituyen un costo que si bien puede resultar importante, comparado con los costos totales de la crisis por falta de producción y actividad económica, la pérdida de clientes y mercado, puede resultar minimizado.

¹⁷⁴ Alejandra Mastrangelo. Affectio Societatis y Gobierno Corporativo.

Costos por su variabilidad (variables, fijos y semifijos): Siguiendo la teoría tradicional de clasificación de los costos por su variabilidad¹⁷⁵ 2, podemos señalar que la crisis afectará a todos los costos independientemente de su variabilidad, específicamente en los costos unitarios de producción los cuales ante la caída de los niveles de productividad y del volumen o cantidades producidas, dicho costo tendrá un incremento inversamente proporcional con la baja productiva.

Taxonomía del Costo del Conflicto según su Naturaleza: Continuando con el mismo marco teórico de gestión de costos la clasificación de costos por su Naturaleza: (materia prima, mano de obra directa, carga fabril), también se verán afectados a la baja, en forma directamente proporcional con la caída de los niveles de producción.

Índices de productividad: Cada uno de los factores de producción cuentan con su índice de productividad, como por ejemplo Resultado de la Producción sobre Cantidad de horas trabajadas indicarán la productividad de los RRHH y también la totalidad de los medios de producción, permiten calcular el Índice de Productividad Total que se define como la ratio entre la Producción Total, sobre la Sumatoria de los costos totales de producción. La crisis que surge del conflicto societario afectará los índices de productividad tendiendo a cero.

Índices de calidad: La calidad del producto y del proceso productivo se verá afectada al relajarse los procesos de supervisión y control, de manera tal que la producción no podrá validarse con ninguna medida estandarizada.

Baja de la actividad económica por pérdida de oportunidades y clientes: El conflicto societario produce en la compañía una desestabilización de los componentes de la Matriz FODA de la compañía, en la cual las Debilidades y Amenazas acrecen en detrimento de las Fortalezas y Oportunidades. La falta de atención a los clientes e incumplimientos contractuales, tienen como consecuencia la pérdida de la fidelización y finalmente la pérdida de mercados geográficos o socio económicos.

Costos de mantenimiento de bienes de uso improductivos: El costo de mantenimiento de bienes de uso improductivos implica un proceso de descapitalización de la compañía, atento que ante la falta de ingresos por ventas totales, los ingresos se logran mediante la malversación de activos y bienes de capital y de uso –(herramientas de trabajo)- como para pagar seguros de automotores o maquinarias improductivas, la incidencia económica negativa resulta determinante porque atravesada la crisis, la compañía habrá perdido capacidad productiva.

3. Las consecuencias del Conflicto societario:

¹⁷⁵ Edgardo Rosito, Alejandro A. Barbei. Carpeta de Trabajo. Universidad Nacional de Quilmes, pág. 29.

En términos de gestión podríamos señalar las consecuencias del conflicto societario a modo meramente enunciativo como por ejemplo: crisis institucional, “extravío de la documentación societaria”, falta de renovación de los cargos del Directorio, omisión de declaraciones impositivas, rebeldía en causa judiciales, etc.

4. **Escenarios posibles:**

- Resultado de la acción destituyente: victoria o derrota, (Causa nº 55.510 “Melón, Carmen c/ Melón, Abel s/ Remoción de Administrador, Director y Síndico. Intervención judicial”. Juzgado Civ. y Com. nº 1 –Olavarría.
- Intervención de Veeduría con informe presentado. Art. 115 LGS y normas procesales rituales.
- Administración Judicial. Art. 115 LGS: por un plazo determinado y con las facultades estipuladas por el Juez.
- Cesación de pagos. Art. 79 LCQ: Hechos reveladores.
- Procesos Falenciales. Ley 24.522: Concurso, Quiebra, APE.
- Exclusión o salida de alguno de los socios de la compañía. Art. 91 LGS.
- Disolución y liquidación, Arts. 94, 101 y concordantes LGS: el peor escenario lo constituye la extinción de la unidad productiva.

5. Ratio de rentabilidad como indicador de la crisis de la empresa paralizada por el conflicto societario:

ROA: Es un indicador económico contable que nos demuestra la rentabilidad sobre los activos (Return On Assets), también llamado ROI (rentabilidad sobre las inversiones). Se utiliza para calcular la rentabilidad total de los activos de la empresa, es decir, su rendimiento. Generalmente, para poder valorar una empresa como “rentable”, el ROA debe superar el 5%. Es de utilidad para valorar la incidencia de los activos de una empresa para producir rentabilidad, es decir la productividad del capital. Ponderándose cantidades producidas en función de un periodo de tiempo determinado y la valoración económica en términos nominales y reales de dicha producción.

Formula del ROA= Ingresos totales/ Activos totales x 100

Dato: Si ROA es mayor a la tasa de interés, la compañía tiene capacidad crediticia. Pero en crisis por conflictividad societaria, hay una baja o inexistencia de ingresos que implica la caída del indicador.

El extremo de la pérdida económica: Ante la falta total de ingresos, el mantenimiento mínimo de los bienes de uso –capital- solo se puede lograr mediante el aporte de capital de los socios, o a expensas de consumirse el capital de la compañía por falta total de mantenimiento. De tal forma, los accionistas se auto fagocitan, configurándose así el peor escenario de pérdida total de capital hacia la realización de los bienes deteriorados por disolución y liquidación o por quiebra.

6. Una solución posible de lege ferenda:

La reflexión en términos económicos y de gestión, considerar un proceso de toma de decisiones técnico con los accionistas en conflicto, nos puede permitir **re pensar el diseño de procedimientos judiciales**, como por ejemplo: Presentado el informe de veeduría y previamente a su sustanciación, se podría convocar a las partes a una Mediación –según la jurisdicción local- o a una audiencia conciliatoria en presencia del Interventor Informante y de un funcionario judicial, a los fines de que el Órgano de Administración pueda dar explicaciones al accionista respecto de la marcha de los negocios sociales en un período determinado y tal vez esta posibilidad conciliatoria resulte preventiva de la escalada de un conflicto perjudicial para los socios y para la sociedad, siempre en pos de la continuidad de la empresa y de su actividad económica.

7. Conclusión:

Abordar el conflicto societario, como conflicto humano y posibilitar primero estatutariamente procedimientos de resolución alternativa de conflictos o en su caso el inmediato acceso a un proceso de Mediación que posibilite la comunicación, la transparencia y facilite la construcción de una solución, puede constituir una alternativa de abordaje.

Otra alternativa es realizar un análisis más económico - financiero mediante la utilización de ratios como indicadores de la productividad, de la rentabilidad, etc; a los fines de que los protagonistas visualicen las consecuencias disvalisosas de sus decisiones tomadas sin contar con la información suficiente y por el contrario transiten por un proceso técnico¹⁷⁶ –en términos de gestión administrativa- de Toma de Decisiones, nutridos de información económica, financiera, contable, jurídica, etc, que posibilite un enfoque objetivo, -separando a las personas del problema- en pos de una mejor y profesional decisión en resguardo del propio capital.

¹⁷⁶ Idalberto Chiavenato. Introducción a la Teoría General de la Administración. Editorial Mac Graw-Hill Interamericana.

DELINEANDO LOS LÍMITES DEL DEBER DE BUENA FE ENTRE SOCIOS EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

RACCIATTI, Hernán J.

Sumario: Se sostiene que la buena fe objetiva -inclusiva de un deber de comportamiento leal- constituye un principio general del derecho (*standard*) aplicable, en nuestro estado actual de la legislación, al Derecho de Sociedades, en un marco contextual al contrato social, claramente interpretativa e integradora, y excepcionalmente correctora.

I- La sociedad, un contrato incompleto.

Si al celebrar su contrato de sociedad los socios pudieran establecer cómo se comprometen a actuar en todas y cada una de las situaciones que se les podrían presentar en sus relaciones como tales durante el plazo de duración de la sociedad, la posibilidad de la aparición de conductas oportunistas y desleales por parte de cualquier socio se vería notoriamente reducida¹⁷⁷.

En definitiva, en caso de incumplimiento de lo pactado, también estarían acordadas las sanciones, y, en tal caso, quién quebrara el orden jurídico establecido tendría plena conciencia de estar haciéndolo, y de las consecuencias que debería asumir por ello.

En estos casos, el incumplimiento ya no sería consecuencia de causas endógenas -como podríamos considerar a aquellas que emanan de la falta de previsión del contrato de sociedad- sino a causas exógenas que provienen de las características personales de alguno de los socios proclive al incumplimiento.

A mi criterio es clara la racionalidad económica de recurrir a los recursos transaccionales (acordar las conductas de las partes y asegurar su cumplimiento) en relación a la necesidad de requerir el auxilio de la administración de justicia ante supuestos de conflicto por ausencia de reglas acordadas.

¹⁷⁷ Seguimos en el desarrollo de esta idea a ALFARO AGUILA REAL Jesús, "Interés social y derecho de suscripción preferente", pags 22 a 48. Civitas, 1995, y a PAZ ARES Cándido, "Por un derecho de sociedades reflexivo", en Expansión, 25 de mayo de 2002.

Pero el contrato de sociedad es un contrato esencialmente incompleto, y por tal circunstancia los costes transaccionales se elevan considerablemente, sin perjuicio de los numerosos posibles errores de regulación en que se podrían incurrir teniendo en cuenta el entorno cambiante en que se moverá la empresa social -y, consecuentemente, las relaciones entre los socios- durante su prolongado plazo de duración¹⁷⁸.

En dicho contexto se vuelven vitales para darle a la organización jurídica establecida por medio del contrato de sociedad, la utilización de principios que regulan los comportamientos de las partes del contrato -en el caso de los socios- para *completar* la *incompletividad* de los contratos, lo que toma especial relevancia en un contrato como el contrato de sociedad por sus características de ser un contrato personificante, de duración extensa y que establece, a partir de su existencia y en lo que a nosotros nos interesa en el marco de esta comunicación, relaciones entre las partes -los socios- y de estos con la persona jurídica a que le dieron nacimiento.

II- La buena fe como principio general del derecho.

Es útil recordar que, en la teoría del derecho, se distingue entre *principios* o *standards* y *normas* o *rules*.

Los primeros configuran de forma abierta el supuesto de hecho, es más abstracto y general que el de las *normas* y su apreciación requiere una valoración humana, un criterio de apreciación. Los segundos, las *normas* o *rules*, requiere suponer el supuesto de hecho específico o cerrada, de modo que no solo se sabe qué prescriben, sino también en qué casos es aplicable¹⁷⁹.

Es así que en el ordenamiento jurídico Argentino, la buena fe ocupa un lugar central, siendo receptado como principio general del derecho en el artículo 9 del Código Civil y Comercial, y, como tal, está llamado a desempeñar varias funciones: i) es

¹⁷⁸ Vid ALFARO AGUILA-REAL Jesús, ob cit en nota 1, pag 23.

¹⁷⁹ Ver CÓRDOBA Marcos, "La buena fe positivizada como principio general del derecho", en RCCyC, año 2016 (agosto), página 25. El debate comenzó con la publicación de Ronald Dworkin en 1967, del artículo "The model of rules I", University of Chicago Law Review, nº 35, pags 14 a 46. En el mismo criticaba la posición positivista de Hart en su obra "The Concept of Law". Para un análisis del debate y sus consecuencias, puede verse SHAPIRO Scott J, "The "Hart-Dworkin" debate: A short guide for the Perplexed", en The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, <http://ssrn.com/abstract=968657>.

criterio informador del ordenamiento jurídico, ii) es criterio de interpretación, iii) es criterio ordenador de conductas, y iv) es criterio de integración¹⁸⁰.

Luego en materia específica de los contratos aparecen los artículos 961 y 1061, disponiendo el primero de ellos que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, y el 1061 estableciendo que la interpretación de los contratos debe realizarse de buena fe¹⁸¹.

Es interesante, entonces, notar con cuánta incidencia se relaciona el *principio* -la buena fe- con la *norma contractual*.

Nótese que los artículos 961 y 1061 del CCyC están partiendo de la idea de un acuerdo válido al cual la buena fe -como *deber de conducta*- se integra y lo modula en su modo de cumplimiento e interpretación¹⁸². Es decir que se *enlaza* en su aplicación a la norma contractual, ordenando su ejecución conforme lo deseado por las partes, e integrándolo.

Y en contratos como el de sociedad, incompleto, de interés y riesgo común, la buena fe como deber de conducta cooperativa en su ejecución asume un rol protagónico¹⁸³.

La circunstancia de que del contrato nazca una persona jurídica -contrato personificante- no hace que el estatus de las relaciones entre los socios y respecto de estos con la sociedad pierda su carácter contractual.

De hecho, la sociedad como organización jurídica -como contrato plurilateral de organización- establece contractualmente los derechos y obligaciones de los socios, entre sí, respecto a la sociedad, y frente a terceros.

¹⁸⁰ FERREIRA RUBIO Delia, en ALBERTO J. BUERES, Dirección, "Código Civil y Comercial de la Nación". Análisis doctrinal y jurisprudencial. Tomo I, comentario al artículo 9, pag. 85, editorial Hammurabi, 2016.

¹⁸¹ Véase SANCHEZ HERRERO Andrés, "Contratos". Parte General, pag.356 y siguientes. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2021.

¹⁸² Dice Mosset Iturraspe que "...la buena fe crea "deberes de conducta" que asumen especial relevancia e integran el negocio jurídico contractual..", en MOSSET ITURRASPE Jorge, "Principios y valores comprometidos en la contratación", en Revista del Derecho Privado y Comunitario, 2014-1, pag. 81.

¹⁸³ Ver al respecto, LORENZETTI Ricardo L., "Tratado de los contratos", Tomo I, Parte General, pag. 196, Edit. Rubinzal Culzoni. Particularmente, ver el excelente trabajo de DUPRAT Diego, "La sociedad por acciones simplificada (SAS) desde el análisis económico del Derecho", en La Ley, boletín del jueves 10 de Octubre de 2019, quien menciona que el principio de buena fe es congruente con la eficiencia contractual, en la medida que "...reduce la cantidad de términos explícitos a considerar por las partes, así como los costos de transacción propios de toda negociación, interpretación o ejecución de un contrato, por lo que constituye un término de omisión eficiente...", pags. 2 y 3.

Y, a partir de allí, el funcionamiento de los órganos de la sociedad no pasa de ser más que distintas etapas de ejecución del contrato que los ha vinculado conforme los derechos y obligaciones que ellos establecieron en el contrato social o estatuto.¹⁸⁴

Se puede concluir, entonces, que siendo la buena fe un *principio o standard* aplicable a todo el ordenamiento jurídico sobre *el modo o forma de ejercer los derechos*, los socios en sus derechos y obligaciones recíprocos consecuencia del contrato de sociedad, no tienen ninguna posibilidad de evadirse del cumplimiento de tal *standard* sin incurrir en una ilicitud.

III- La buena fe como regla de integración, de interpretación y de límite en el ejercicio de los derechos acordados dentro del contrato de sociedad. La buena fe contextual.

Se suele distinguir en nuestro derecho entre la *buena fe subjetiva* o *buena fe creencia* y la *buena fe objetiva* o *buena fe lealtad*.

La *buena fe* objetiva, a la que nos referimos aquí, se puede advertir, primordialmente, en el derecho de las obligaciones y el derecho de los contratos, y a consecuencia de ello en el derecho de sociedades, mientras que la *buena fe subjetiva* es más común o propia, aunque no exclusivamente, de los derechos reales, de la propiedad y la posesión, en tanto se vincula con la creencia o grado de conocimiento que un sujeto tenga de una determinada situación jurídica.¹⁸⁵

En lo que a esta comunicación respecta, nos interesa enfocarnos, precisamente, en el concepto de buena fe objetiva que impone un *standard* de conducta por el cual las partes de un contrato -y más en un contrato de interés común y riesgo común como el de sociedad- deben abstenerse de caer en una falta de lealtad o probidad en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de los derechos que resolvieron otorgarse contractualmente.

Los deberes que la buena fe les impone a los socios son múltiples y se sintetizan en el deber de confianza, en el de no defraudar las expectativas razonables, el de

¹⁸⁴ Ver sobre el particular GALGANO Francesco, "Contratto e persona giuridica nelle società di capitali", en *Contratto e Impresa*, Tomo I, 1996, pags. 2 a 8, Cedam editore. Particularmente, en el artículo citado considera que la integración del contrato de sociedad con el deber de buena fe tiene en el derecho italiano una aplicabilidad mucho más vasta que la figura del *eccesso di potere* que era difícilmente aplicable a los supuesto de conflictos de intereses entre los socios.

¹⁸⁵ Ver FERREIRA RUBIO Delia, ob cit., pag. 86.

información oportuna y completa, la abstención de actos antifuncionales, la consideración del eventual daño al otro socio, el cumplimiento legal y probo de lo acordado¹⁸⁶.

Aceptado, entonces, que los deberes derivados de la buena fe como regla de comportamiento entre los socios tiene respaldo normativo en el derecho societario, la misma debe ser considerada y actuar en el contrato de sociedad como norma de integración, de interpretación de derechos y obligaciones, como fuente de obligaciones y límite en el ejercicio de los derechos¹⁸⁷.

La imposición de actuar lealmente -derivado de la buena fe- al socio mayoritario en relación a la sociedad y a la minoría constituye el más y mejor contrapeso a la discrecionalidad que puede ocultarse no solo tras la regla de la mayoría¹⁸⁸ sino también para el análisis del modo en que deben ejercer sus derechos los socios de minoría¹⁸⁹.

Esa lealtad debida como regla de conducta establece un *standard* que impone a la mayoría -formada por uno o varios socios- emitir su voto contemplando no solo los intereses propios vinculados a lo social, sino también aquellos intereses de los socios minoritarios que tengan vinculación con lo social. Tal *standard* de conducta es

¹⁸⁶ Conf., SPOTA Alberto G., "Contratos", Volumen III, pags 350 y 351, edit. Depalma; conf., LORENZETTI Ricardo L, ob cit., pag. 198. Por su parte DUPRAT Diego, expresa, en términos que compartimos, que "...el principio de buena fe, reduce la cantidad de términos explícitos a considerar por las partes, así como los costos de transacción propios de toda negociación, interpretación o ejecución de un contrato, por lo que constituye un "término de omisión eficiente"...."; DUPRAT Diego, ob cit en nota 7. En la línea sostenida por DUPRAT, es recomendable la lectura del trabajo de MACKAAY Ejan y LEBLANC Violet, "The law and economics of good faith in the civil law of contract", en Conference of the European Association of Law and Economics, 2003. En una ponencia en la que postula la necesidad de establecer el *deber de lealtad* del socio, SCHNEIDER Lorena sostiene que "...el deber de lealtad tiene gran importancia dentro del desarrollo actual del derecho de sociedades ya que permite completar el contrato de sociedad a efectos de establecer deberes de conducta concretos con lo cual se logra disminuir los supuestos de conductas oportunistas o extorsivas por parte de los socios..."; SCHNEIDER Lorena, "La necesidad de establecer el deber de lealtad del socio", en Hacia un Nuevo Derecho Societario, libro de ponencias del XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de la Empresa, Tomo III, página 2136.

¹⁸⁷ Ver LORENZETTI Ricardo, ob cit.,, pags 199 y 200.

¹⁸⁸ Véase SAEZ LACAVE M^a Isabel, "Las bases económicas del derecho de la junta de socios", InDret, Revista para el análisis del Derecho, pag. 52, Barcelona, Abril de 2.008.

¹⁸⁹ Ver la posición de SCHNEIDER Lorena, ob cit. en nota 9. También BALBIN Sebastián, refiriéndose al *deber de fidelidad* de la minoría en la impugnación de acuerdos sociales, menciona que "...no estamos frente a un deber en abstracto, sino que ese deber en concreto puede ser el soporte de obligaciones de no hacer -tal el caso que tratamos- en situación de conflicto de intereses con la sociedad.."; en su libro "Ejercicio de la acción en materia societaria", pag. 306, edit. Cathedra.

aplicable también a los socios minoritarios en el momento que pretenden ejercer sus derechos (voto, pedidos de información, impugnaciones de nulidad).

No se pierda de vista que la concepción del *abuso de derecho* en el marco del Derecho de Sociedades, incluye en la configuración del *abuso de mayoría* no solo al acto contrario al interés social, sino también aquél que tenga por intención o efecto *principal* el beneficio ilegítimo de la mayoría o el perjuicio ilegítimo de la minoría, y esta *ilegitimidad* es consecuencia de un actuar contrario al fin para el cual el voto ha sido conferido, o por su uso contrario a la *buena fe*, la moral o las buenas costumbres¹⁹⁰.

Ello no implica, por supuesto, que los socios no puedan ejercer sus derechos contemplando lo que consideran su propio interés como socio (en consideración con lo que creen el interés social), ni tampoco implica dejar de lado lo acordado contractualmente, ya que la valoración de una *actuar* en relación a la buena fe se realiza en el caso concreto, y se dilucida siempre en el contexto de lo pactado contractualmente¹⁹¹.

Se trata, simplemente, de *modular* el ejercicio de los derechos estatutarios con las exigencias de la buena fe *objetiva* o buena fe *lealtad*, que es tanto como decir hacerlo de conformidad con lo que las partes hubieran acordado si esta situación hubiera ocurrido al momento de la *negociación* de las cláusulas del instrumento constitutivo o estatuto social y anteponiendo el interés social a cualquier interés propio de carácter ajeno al social¹⁹².

¹⁹⁰ Conforme ALEGRÍA Héctor, “El abuso de mayoría y minoría en las sociedades anónimas”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Número 16, año 1998, página 359.

¹⁹¹ Ver CODERCH Pablo y GARCÍA MICÓ Tomás, “Concepción contextual de la buena fe”, en InDret, 1-2020.

¹⁹² Sobre el particular, ver ALFARO AGUILA REAL Jesús, “El deber de buena fe y el de lealtad del socio”, en Almacén de Derecho (Blog del autor) entrada del 23 de abril de 2019, en donde hace una clarísima distinción entre las obligaciones que impone el deber de buena fe del socio en relación a los deberes fiduciarios de los administradores, explicando que *el deber de lealtad en sentido estricto -como deber fiduciario- ...obliga a anteponer otro interés sobre el propio*. Y explica la dificultad que se presenta cuando el socio de mayoría reviste el doble carácter de socio y administrador. En una parte de dicho trabajo indica refiriéndose al artículo 190 de la LSC -que guarda similitudes con el artículo 248 de la LGS- “..hay que delimitar a qué título estaba actuando el socio/administrador porque el estándar de enjuiciamiento de su conducta será distinto. Si actuó como socio, se le prohibirá perseguir ventajas particulares pero estará ejercitando un derecho, no descargando una obligación. Si actuó como administrador, se le prohibirá actuar en conflicto de interés. Deberá abstenerse de participar en la decisión..”. Ver también IRACULIS ARREGUI Nerea, “Conflictos de interés del socio”. Cese del administrador nombrado por accionista competidor, editorial Marcial Pons, pag. 38 donde expresa que “..también al socio le es exigible lealtad, y por ende dar prioridad en su actuación a la tutela del interés social...”, terminando el párrafo correspondiente diciendo que “...no cabe referirse al deber de lealtad...sino como un deber que representa la aplicación del principio general de buena fe en el ámbito

Así expuesto, somos de la idea que no puede negarse la aplicación al derecho de sociedades del principio de *buena fe* (objetiva) dotada de un claro fin interpretativo, de un objetivo integrador del contrato, y solo excepcionalmente de carácter corrector del contrato, en ocasiones extremas en que lo pactado -originalmente válido- devenga insostenible, o cuando algunas de sus disposiciones resulte claramente incoherente con el *principio de buena fe*.¹⁹³

Desde esta perspectiva, entonces, el desarrollo jurisprudencial deberá asignar especial relevancia a este *deber de buena fe* de los socios, que incluye el *deber de lealtad*, para completar las situaciones no previstas por la ley y el contrato social, integrándolo con las normas de comportamiento (de conducta) que las partes habrían pactado, de haber podido, al momento de constituir la sociedad¹⁹⁴, con las consecuencias correspondientes en caso de no respetar tales deberes.

de las relaciones socio-sociedad...". Mas adelante vuelve sobre el punto en página 41 donde expresa "...La justificación del deber de lealtad del socio no está en el Derecho de Sociedades, ni, especialmente, en la idea de comunidad personal, sino que es el principio de buena fe el que late en el fundamento de este deber..". Ver SCHNEIDER Lorena, "Ejercicio abusivo de los derechos societarios", Astrea, en especial pags 82 a 88.

¹⁹³ Conf. CODERCH Pablo y GARCÍA MICÓ Tomás, ob cit en nota 15, pag. 28.

¹⁹⁴ ALFARO AGUILA REAL Jesús, ob cit. en nota 1, pag. 15.

CONSIDERACIONES PARA UNA *MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES*

RACCIATTI, Hernán J.

Sumario: Se considera que ante una eventual reforma del Derecho de Sociedades que pretenda adaptarse a las necesidades actuales del mercado emprendedor y empresarial, se advierten dos puntos que se contactan en procura de esa finalidad: i) la facilitación para la creación de sociedades, conjuntamente con el otorgamiento de libertad a los socios para diseñar el modelo de organización jurídica que entienden conveniente, y ii) la aptitud normativa que facilite -a la vez que evite obstáculos y desincentivos- un funcionamiento *estable, transparente y eficiente* a través de la vida de la sociedad.

1) Introducción.

En forma recurrente en trabajos académicos, jornadas, propuestas, existe una referencia a la búsqueda de un *nuevo Derecho Societario*, o a un *Derecho Societario del Siglo XXI*, o un *Derecho Societario para una nueva época*, y ello es lo que nos ha llevado a reflexionar sobre algunos principios o pautas que podrían ser líneas disparadoras de esos debates.

Es sabido que el derecho societario obra como instrumento o vehículo de organización jurídica cuyo objetivo tiene que ser facilitar la creación de empresas y su crecimiento, a la vez que el aumento de la productividad y el consecuente aporte de valor a la economía.

Es así que si se otorgan las herramientas que el mercado requiere se puede fomentar e impulsar el crecimiento empresarial.

Entonces, aparecen, a nuestro criterio, dos puntos que se contactan en procura de esa finalidad: i) la facilitación para la creación de sociedades, dando primacía a la voluntad de los socios, y ii) la aptitud normativa que facilite -a la vez que evite obstáculos y desincentivos- un funcionamiento *estable, transparente y eficiente*.

Queda claro que no todo va a depender en exclusiva de la virtualidad e ingenio de la legislación societaria, ya que dependerá, también y preponderantemente, de otros factores posteriores como las trabas o barreras regulatorias ajenas al societario como podría ser la legislación laboral o impositiva, el acceso a las materias primas o bienes de uso necesarios, como asimismo la facilitación del acceso al financiamiento, entre otros factores.

Sin embargo la aptitud de la normativa societaria y su lucidez para advertir las necesidades del mercado empresarial y emprendedor será la base para convencer o *seducir* a empresarios, emprendedores e inversores -en definitiva los generadores de riqueza- de que serán ellos mismos quienes podrán diseñar, constituir y sostener en el tiempo una organización jurídica que les debería permitir llevar adelante su negocio tal como lo han planeado.

Puestos a tratar de encontrar las líneas principales para el intercambio de ideas en la determinación de cuáles son los cambios o las necesidades de nuestro Derecho de Sociedades, nos fijamos, como dijimos, las siguientes, partiendo de la base que lo que aquí exponemos son solo ideas que no sobrepasan lo que podríamos llamar *disparadores* para esa determinación de necesidades, y todo sujeto a su análisis y debate posterior en profundidad.

2) Facilitación de la constitución y puesta en funcionamiento de las sociedades, evitando desincentivos a la creación de empresas.

2) i- La celeridad y agilidad a través de la tramitación digital de creación de sociedades.

En los últimos años se ha producido, como consecuencia de la pandemia COVID- 19, una digitalización acelerada del funcionamiento de gran parte de las actividades sociales.

El llamado sistema de trabajo *home office* o *teletrabajo* -que incluso ha merecido recepción legislativa en nuestro país- es un ejemplo claro de ello, como lo ha sido también, en algunas provincias más que otras, la digitalización dispuesta para la presentación de escritos judiciales y celebración de audiencias en procesos civiles, laborales y penales a través de sistemas telemáticos, y, en materia societaria la afirmación por Resoluciones Generales de los organismo de control del funcionamiento de las sociedades de lo previsto por el Código Civil y Comercial respecto la posibilidad de celebrar reuniones de los órganos de administración y gobierno de personas jurídicas a distancia.

Esta transformación digital constituye, sin dudas, un avance y una prioridad que no puede dejar de contemplarse por un derecho societario en evolución, en miras a la facilitación en la creación de sociedades. Dicha premisa patentiza el *principio de agilidad* o *celeridad* con la cual debería lograrse eficiencia y disminución de costos en el momento fundacional.

En nuestro país, oportunamente, el decreto 1063/16 en su artículo 1 aprobó la plataforma de Trámites a Distancia (TAD), y en su artículo 5 estableció que la presentación de documentación en la plataforma y módulos creados debería realizarse en formato electrónico, pudiendo los usuarios solicitar la digitalización de la documentación que deban presentar y que conste en soporte papel en la sede del organismo pertinente.

Sin dudas, ello, que constituía un adelanto improrrogable, no ha sido puesto en marcha en todas las provincias, acaso como consecuencia de la utilización de recursos económicos con otros destinos.

En ese camino, se sumó lo establecido por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor, N° 27.349, la cual dispuso la inscripción de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en los Registros Públicos correspondientes dentro de las 24 horas de su presentación en caso que las mismas fueran instrumentadas por un *modelo tipo* de instrumento constitutivo confeccionado por los Registros (artículo 38 de la ley 27.349). Este mismo artículo, prevé, también, el uso de la firma digital y un procedimiento de comunicación y notificaciones de carácter electrónico. Por su parte, la ley 27.444 estableció la posibilidad de acceso a los Registros Públicos a través de medios informáticos, sin necesidad de demostrar interés.

Podría decirse, entonces, que esta primera premisa básica de modernización del Derecho Societario de constitución y reforma de sociedades *en línea* con finalidad de *celeridad y agilización* de trámites con la consecuente disminución de costos, ha sido contemplada de manera oportuna y receptada en nuestro país, pero, en cierta medida, *olvidada o postergada* en su implementación en parte de las provincias.

Sin embargo, se hace esencial su inmediata implementación por parte de los Registros y/u Organismos de Registración y Control de las distintas provincias que aún hoy están en deuda.

2) ii- La revisión de los tipos societarios. La autonomía de la voluntad como regla del Derecho de Sociedades en las sociedades cerradas.

Asimismo, no puede dejar de considerarse una revisión -y en su caso revitalización- de las tipologías societarias y analizar cuántos de estos modelos responden a necesidades en la actualidad, cuáles son utilizadas, y cuáles de ellas debieran reformularse de acuerdo a las exigencias del mercado, o sencillamente derogarse, todo en pos de un principio insoslayable cual es el de la *eficiencia de los tipos societarios*.

En esta línea, también el derecho argentino se debe la toma de una resolución sobre si resulta pertinente mantener a las sociedades anónimas cerradas y las abiertas o cotizadas bajo una misma regulación.

No debe mirarse del mismo modo la imperatividad en materia de sociedades emisoras que en sociedades cerradas, donde los socios deben tener la posibilidad de elegir cuáles quieren que sean las normas que rigen su relación.

Temas como los problemas de agencia, activismo accionarial para supervisión de conflictos de interés, la atención de intereses difusos, el capitalismo sostenible a través de la contemplación del largo plazo, consideración de los *stakeholders* y Responsabilidad Social Empresaria, o remuneración de administradores, son cuestiones que pareciera que deben ser abordados con distinta mirada si se piensa en sociedades emisoras que en sociedades cerradas.

Todo ello nos lleva a reflexionar si, en una eventual reforma, este tema debería -o no- ser considerado.

En dicho sentido, no deben soslayarse las reformas en materia de tipos societarios ocurridas en las últimas décadas a nivel mundial, de la cual nuestro país no ha quedado al margen al regularse, a través de la ya mencionada ley 27.349, la sociedad por acciones simplificada como un tipo *novedoso* que contempla como línea directrices i) la agilidad y facilidad en su trámite de constitución, ii) la preeminencia de la autonomía de la voluntad por sobre la disposición legislativa de normas imperativas, y iii) la relativización de la importancia del concepto de capital social (al establecer un capital muy reducido fijado en dos salarios mínimos vitales y móviles, que, no dudamos, no tiene aptitud ni para la función de producción, y mucho menos para la de garantía).

Sin contemplación de prejuicios ideológicos, la autonomía de la voluntad y la facultad de autoorganización debe ser la regla fundamental para el derecho societario, y, en consonancia con ello, el respeto por la capacidad de los constituyentes para determinar la regulación que consideren más apta para el logro del propósito buscado al constituir la sociedad.

El Derecho Societario del Siglo XXI o El Derecho Societario para una nueva época, debe estar regido por un amplio marco de libertad con la cual los socios constituyentes deben poder configurar la organización más acorde a su modelo de negocio, y al propósito del mismo, acompañado por una regla general de buena fe en el cumplimiento del estatuto, de carácter contextual, claramente interpretativa e integradora, y excepcionalmente correctora, y un conjunto de normas supletorias de integración, que, en su caso, podrán coexistir con otras normas imperativas previstas para sectores normativos específicos en el cual puedan actuar las sociedades (seguros, bancos, sociedades de ahorro, fondos de inversión, o similares). En dicha línea, la protección de terceros que puedan sufrir perjuicios como consecuencia del actuar de las sociedades en el mercado, deberá ser contemplada por normas imperativas de control y actuación que son ajenas al Derecho de Sociedades.

La realidad de cambios acelerados que transcurrimos exige flexibilidad y agilidad, permitiendo a inversores y emprendedores configurar las organizaciones jurídicas que consideren más adecuadas al cumplimiento de sus objetivos empresariales.

2) iii- Estatutos Modelos vs Autonomía de la voluntad (o ¿Celeridad vs Flexibilidad?).

Mención aparte merece el tema del epígrafe, y nos obliga a plantear el interrogante sobre la problemática de que, en apariencia, aparezcan contrapuestos el principio de celeridad contra la flexibilidad, cuando, precisamente, a través de ambos se procura la eficiencia.

En un trabajo publicado en el mes de Mayo en la Revista Jurídica Argentina La Ley, se mencionaba que un altísimo porcentaje de las SAS constituidas en CABA lo

hacían con el modelo tipo de instrumento constitutivo previsto por la Inspección General de Justicia.

Queda claro, entonces, que con la utilización del estatuto modelo o estatuto tipo se pierde la libertad de configurar los estatutos sociales a medida de la voluntad de los socios, y cualquier modificación futura precisará de una negociación real sobre su contenido y reiteración de los trámites ante los organismos de control, con el consiguiente gasto en tiempo y dinero que ello acarrea.

Por otra parte, si se va a optar por el estatuto modelo y acordar la voluntad real de los constituyentes a través de pactos parasociales, nos enfrentaremos a una subutilización de la posibilidad de producir (o generar) un derecho societario propio a través de un tipo que nos confiere la posibilidad de hacerlo conforme nuestros objetivos e intereses, y se declina de ello para recurrir al estatuto modelo y un pacto parasocial que lo complementa.

La solución debería encontrarse en limitar al máximo las posibilidades de revisión registral (a través de los organismos de control) constreñidas, exclusivamente, al control de legalidad formal y el cumplimiento de los presupuestos de tipicidad. La tutela del interés de los socios quedará, en su caso, podrá ser objeto de análisis judicial una vez que se exteriorice un supuesto de conflicto.

De esta forma, y en conjunto con la existencia de tipos sociales en los cuales los constituyentes son libres de establecer su propia normativa, integrado por disposiciones de carácter meramente supletorio, la labor de los funcionarios encargados de la registración debería limitarse, prácticamente, a ello, y, en consecuencia, no debería haber impedimento ni para la utilización del sistema de constitución de la sociedad *on line*, ni motivos para la demora en la registración de estatutos o instrumentos constitutivos que se aparten de los *modelos* establecidos por los organismos de registración, con cláusulas que han sido libremente dispuestas por los constituyentes.

3) La eliminación o reducción de posibilidades de conflictos entre partes relacionadas (administradores vs socios y mayorías vs minorías).

La reducción de conflictos entre las partes relacionadas en el contrato social es, a nuestro criterio, el otro punto a abordar para incentivar la participación en sociedades.

La transparencia, la seguridad de que el funcionamiento de la empresa societaria será estable y no se verá afectada por conflictos de orden interno, y la eliminación o disminución de posibilidades para que los administradores y/o los controlantes se comporten de manera oportunista, se convierten en un punto central de una moderna legislación societaria.

Reducir el riesgo de expoliación o sustracción de los recursos económicos que corresponden a los socios (que a través de su participación en la sociedad contribuyen a su financiamiento) generará un clima de negocios e inversiones amigable y seguro.

El conflicto es propio de la naturaleza humana y las conductas oportunistas también.

Si se comparte que se puede partir de dicha premisa, y se observa que la propia organización societaria se sostiene sobre la base del principio o regla de la mayoría, el potencial conflicto de intereses entre socios se vuelve un problema central, capaz de desincentivar cualquier inversión o voluntad de participación en una sociedad.

A esta causa de conflicto de orden *estructural* consecuencia del modo de organización del ejercicio del poder en las sociedades, y por ende insalvable, se añade la imposibilidad de resolver la situación a través de la venta de la participación del socio disconforme u oprimido, que le permitiría rescatar en forma inmediata su inversión.

El típico conflicto societario propio de las sociedades cerradas de nuestro país es el que se produce entre grupos mayoritarios y minoritarios, mucho más que aquellos conflictos -que podrían llegar a ser más propios de países con un mercado de capitales desarrollados y con sociedades cotizantes de capital disperso- en los cuales, los mismos, se presentan entre los accionistas y los directores.

Los llamados *problemas de agencia*, término utilizado frecuentemente para explicar los conflictos de intereses y poder entre socios y administradores de la sociedad derivados de la disociación entre propiedad y control dentro de las sociedades anónimas de capital disperso, y entre la posición *asimétrica* frente al acceso a la información sobre la marcha de los negocios que tienen unos y otros, ha sido también referida para exponer las diferencias de posición y de intereses entre socios de control y minoritarios, cuando nos encontramos frente a sociedades donde la estructura de la propiedad de las participaciones sociales no es dispersa sino concentrada.

El conflicto es contrario a la eficiencia, y si por vía contractual los socios omiten contemplarlo, se debe prever un ordenamiento jurídico de orden supletorio que desincentive las conductas oportunistas.

Se sabe que los *problemas de agencia* en las sociedades abiertas -donde la asimetría de información y problemas de oportunismo ocurre entre socios y administradores- se han tratado de desincentivar o paliar a través del llamado *gobierno corporativo*, que no busca otra cosa que arbitrar los mecanismos para que los *insiders* desarrollen el que sería el *comportamiento deseable* que los socios ajenos al control pretenderían que desempeñen, que no es otro que realizar una gestión que contemple el interés de los socios y maximice el valor de la sociedad.

Pero en el caso de las sociedades cerradas la situación entre mayoría y minoría -partes relacionadas en conflicto- no es exactamente igual.

En primer término, las asimetrías de información deberían ser menores a las que sufren los socios de capital disperso en sociedades emisoras respecto los administradores, y, en segundo lugar, sus posibilidades de información y activismo societario también son mayores que las de los socios de capital disperso en la sociedad cotizante.

Sin embargo, y a pesar de ello, es incuestionable que el oportunismo existe y los abusos también.

Como lo dijimos más arriba, entonces, son dos los motivos centrales del conflicto en las sociedades cerradas y que deben ser abordados por un *Derecho Societario del Siglo XXI*, i) *contener* la regla societaria de mayoría por la cual se pueden tomar decisiones oportunistas o abusivas, y ii) *dissolver* la situación de encerramiento en que se encuentran los minoritarios.

La solución, partiendo de la base de un derecho societario contractual en el que los socios fijen las reglas que quieren establecer para prevenir el conflicto y, en el supuesto que dicho fin no se logre, deshacerlo o diluirlo, se encuentra, entonces, en manos de los propios socios que deberán contemplar cláusulas que garanticen transparencia, información, lealtad, diligencia, responsabilidades, y cláusulas de salida en caso de conflicto, antes de su ingreso a la sociedad.

Sin embargo, ese diseño contractual dispuesto por los socios, se debería integrar con el principio general de buena fe específicamente previsto para la ejecución del contrato social, pero modulado al contrato y sin prescindir de él. Junto a este principio de buena fe contextual al contrato, en caso de falta de previsión, una legislación societaria moderna que contemple la innegable existencia de esta situación deberá llenar los *gaps*, a través de unas reglas específicas de carácter supletorio e integrador del contrato societario que garanticen otras pautas de comportamiento recíproco y derechos tales como la información permanente, el ejercicio de los derechos conforme la finalidad otorgada por el ordenamiento jurídico, el no aprovechamiento personal de las oportunidades de negocios, el respeto a las expectativas razonables, asegurando, en defecto de regulación contractual, que el ejercicio de cualquier derecho que pudiera corresponderles como socio, sea de mayoría o de minoría, lo será respetando estos principios. Asimismo, debería contemplar disposiciones supletorias respecto los derechos de los socios, y para todos aquellos supuestos que se han demostrado como generadores de conflicto intrasocietario, tales como la dilución por acuerdo de aumento de capital, la falta de reparto de dividendos, la remuneración de los administradores socios, los contratos de la sociedad con terceros vinculados a la mayoría u operaciones de *self-dealing*, o las modificaciones estructurales, entre otros.

A ello se deberá agregar el establecimiento de un derecho de salida, retiro o compra coactiva en determinadas situaciones de conflicto estructural y bajo determinadas condiciones que no afecten la viabilidad de la sociedad, en caso de silencio del estatuto o instrumento constitutivo.

TIPICIDAD, TIPOLOGÍA Y ESTATUTOS MODELOS**RAMÍREZ, Alejandro H.****Sumario**

- Ante la irrupción de la autonomía de la voluntad en el derecho societario, la concepción tradicional de tipicidad como marco rígido, ha perdido importancia frente a vehículos como la SAS que son esencialmente flexibles.

- Al entender la tipología societaria como el «derecho societario en acción» —a diferencia de una estática tipicidad—, se acepta que diferentes SAS pueden ser diametralmente diferentes entre sí, sin perjuicio de continuar perteneciendo al mismo tipo societario.

- El beneficio que otorgaba la tipicidad reduciendo costos de transacción, puede ser suplantado con la oferta por parte de los Registros Públicos de diversos estatutos modelo, con cláusulas modernas y otorgando diferentes opciones a quienes busquen emprender un nuevo negocio.

Las legislaciones societarias tradicionalmente se encuentran organizadas mediante la regulación de diferentes especies -o tipos- de sociedades, exigiendo que quienes quieran constituir una sociedad adopten una de estas especies ofrecidas por el legislador. Este concepto es conocido como «tipicidad societaria», e implica el ajuste a una estructura legislada previamente, diferenciando a las sociedades que no se ajustan a dicha estructura o tipo —sociedades atípicas—. Su utilidad radica en que permite el conocimiento fácil y preciso para quienes constituyen una sociedad y para los terceros que contratan con ella,

respecto su estructura, organización, imputabilidad, responsabilidades, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica¹⁹⁵.

Este concepto radica en la concepción tradicional de los legisladores mercantiles, los que históricamente entendieron que la otorgación de personalidad jurídica y de una eventual limitación de responsabilidad debía ser para casos excepcionales, y por ello justificaba el rol tuitivo de la ley, por sobre la libertad contractual de las partes¹⁹⁶. En este sentido RIPERT sostenía que el mecanismo de las sociedades resultaba complicado y que por ello debían *“funcionar siguiendo un determinado ritmo fijado imperativamente. ... corresponde al legislador la entrega de los planos de esta máquina maravillosa”*, de allí la importancia de la tipicidad para la concepción tradicional del derecho societario.

Si bien este concepto se ha ido flexibilizando a través de los años¹⁹⁷, con la irrupción de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) el concepto de tipicidad ha encontrado un cuestionamiento sobre su vigencia. La SAS es una sociedad típica creada por fuera de la Ley General de Sociedades (LGS). Es «típica» por expreso imperio de la Ley 27.349 -art. 33- (LACE). Pero en la SAS, esta «tipicidad» encuentra otra acepción, ya que posee una estructura cuya característica esencial es la autonomía de la voluntad¹⁹⁸. Esto hace que entender la tipicidad como marco rígido pierda importancia frente a un vehículo que esencialmente es flexible¹⁹⁹, y que puede adoptar la forma de cualquier otro tipo, o incluso una diferente.

¹⁹⁵ Cfr. ZALDIVAR, MANÓVIL, RAGAZZI, y ROVIRA, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, Vol. 1, p.26, pto. 1.1.bis.xc.

¹⁹⁶ HADAD, Lisandro A., *“Ud. debería confiar en que aquellos que arriesgan su propio dinero hagan los cálculos adecuadamente. Podrán estar equivocados, pero estarán menos equivocados que los académicos y los legisladores que están decidiendo con el dinero de otro”*, en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario, X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, “Hacia un nuevo Derecho Societario”, Ed. Advocatus, Rosario, Argentina, 2019, T. II, pág. 999

¹⁹⁷ Cfr. ALFARO, Jesus, “El Reconocimiento De La Personalidad Jurídica En La Construcción Del Derecho De Sociedades”, InDret, Vol. 1, 2016

¹⁹⁸ Pérez Hualde, Fernando, “La autonomía de la voluntad como nota tipificante de la Sociedad por Acciones Simplificadas”, *La Ley*, 2017.F, 561

¹⁹⁹ Cfr. BOTTERI, «La SAS es una clase de sociedad, pero no un tipo Social» y CONY ETCHART; «Sociedad Anónima Simplificada: ¿Renovación o destrucción tipológica?»; *Revista de las Sociedades*

Esta tendencia mundial de flexibilización del derecho societario lleva a que sea más acertado hablar de «tipología» en lugar de «tipicidad». Conforme explica EMBID IRUJO, ambos términos se diferencian de una forma importante, ya que «así como la palabra TIPICIDAD sugiere de inmediato un CONJUNTO CERRADO de formas jurídicas directamente derivadas de una precisa opción de política jurídica por el legislador, la voz TIPOLOGÍA se conecta a un ámbito abierto, donde además de contar con la existencia de los tipos normativamente regulados se aspira a comprender su puesta en práctica gracias, esencialmente, a la aportación derivada de la libertad contractual. De manera que, en resumen, hablar de TIPOLOGÍA SOCIETARIA es tanto como asumir el DERECHO DE SOCIEDADES EN ACCIÓN»²⁰⁰.

El concepto de «tipología societaria» tiene especial vigencia en la actualidad con la explosión tipológica que se vive mundialmente, junto con una concepción nueva de la sociedad en el siglo XXI²⁰¹. En general, todas estas nuevas formas societarias –incluida la SAS– tienen como común denominador la búsqueda de la simplificación de la constitución y gestión de sociedades, permitiendo que los socios adopten las cláusulas que les resulten más eficientes. La época actual está signada por la búsqueda de la innovación, y el derecho societario no se encuentra exento de ello²⁰², de lo contrario se podrían mantener ineficacias jurídicas que atenten contra un desarrollo económico²⁰³.

Al entender la tipología societaria como el «derecho societario en acción» —a diferencia de una estática tipicidad—, se acepta que diferentes SAS pueden ser

y Concursos, Edición Especial. Primera Jornada sobre constitución y funcionamiento de la Sociedad por Acciones Simplificada, Fidas, 2018, p. 3 y ss y 47 y ss.

²⁰⁰ Cfr. EMBID IRUJO, «El significado de la tipología societaria en el derecho de sociedades contemporáneo» en EMBID IRUJO, NAVARRO MATAMOROS, OVIEDO ALBÁN (directores); *La tipología de las Sociedades Mercantiles: Entre tradición y Reforma*, Editorial Ibañez, Bogotá, 2017, 27.

²⁰¹ Cfr. ANAYA, «Las metamorfosis de las sociedades comerciales (una visión desde el derecho argentino)», RDCO, 2011-B, año 44, p.321.

²⁰² Cfr. EMBID IRUJO; ob. Cit., 28; REYES VILLAMIZAR y VERMEULEN; “Company Law, Lawyers and 'Legal' Innovation: Common Law versus Civil Law”, Lex Research Topics in Corporate Law & Economics Working Paper No. 2011-3, 10 de agosto de 2011.

²⁰³ Cfr. MENDOZA, DER ELST y VERMEULEN (2010) "Entrepreneurship and Innovation: The Hidden Costs of Corporate Governance in Europe," South Carolina of International Law and Business: Vol. 7: Iss. 1, Article 2.

diametralmente diferentes entre sí, sin perjuicio de continuar perteneciendo al mismo tipo societario.

En los últimos años el derecho societario argentino ha ido receptando esta flexibilización. Con la Ley N°.26.994 (2015), ha dejado de castigar a las sociedades atípicas, por lo que en lugar de sancionarlas con la nulidad de las mismas, las aceptó y las rige por la sección IV (arts. 17 y 22 LGS).

También ha morigerado los efectos para los contratos asociativos (derogación de los artículos 369 y 380 Ley N.° 19.550), al trasladarlos al CCyCN (arts. 1453 a 1478), donde la tipicidad de estos contratos desapareció con el reconocimiento expreso a la libertad (arts. 1442 y 1446)²⁰⁴.

La SAS recoge estos conceptos y permite una amplia libertad contractual, poniéndose por fuera de esta concepción tradicional de tipicidad, obligando a replantear estos conceptos -o dogmas-, a fin de poder brindar estructuras que se adecúen más a las cambiantes necesidades actuales y futuras²⁰⁵.

Sin perjuicio de los efectos de la libertad contractual sobre la tipicidad, esta última tenía cierta función económica al prestar a los futuros socios un marco establecido y analizado ex ante por el legislador, en el cual el legislador creía que podía en la generalidad de los casos dar el marco contractual necesario para que la mayoría de las empresas puedan estructurarse, sin tener que recurrir a un asesoramiento profesional, entendiendo que de esa forma se podían reducir los costos de transacción²⁰⁶, aunque en muchos casos terminaban en una imposición de patrones de conducta²⁰⁷.

²⁰⁴ Cfr. SALVOCHEA, "Requiem a la tipicidad Societaria", ponencia presentada en el XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016), p. 975

²⁰⁵ GURREA-MARTÍNEZ, AURELIO, LA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA COMO PARADIGMA DE INNOVACIÓN JURÍDICA: UNA REFLEXIÓN SOBRE LA FUNCIÓN SOCIAL DE LOS INVESTIGADORES DE DERECHO A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE LA SAS EN COLOMBIA, 7 DE ENERO DE 2018. INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO Y FINANZAS (IIDF), WORKING PAPER SERIES 2/2018

²⁰⁶ Cfr. Coffee, J. Jr., "Mandatory/Enabling Balance in Corporate Law: An Essay on the Judicial Role", 89 Colum. L. Rev. 1618 (1989); Gordon, J., "Mandatory Structure of Corporate Law", The Columbia Law Review, no. 7, November 1989, 1549-1598.

²⁰⁷ El mayor grado de libertad contractual para definir derechos y obligaciones facilita su expansión y promueve la inversión. Cfr. REYES VILLAMIZAR, F., *Análisis económico del derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 112.

En el nuevo contexto del derecho societario contractual, entendemos conveniente que los registros públicos del país ofrezcan no uno, sino varios modelos de instrumentos constitutivos diferentes, ofreciendo cláusulas modernas y pensadas para las posibles evoluciones que puedan ocurrir en materia mercantil. Estos estatutos modelo pueden ser actualizados de una forma más sencilla, ya que a diferencia de los tipos societarios, no necesitarán de trámites legislativos para ser modificados.

A pesar del debate sobre la conveniencia de los modelos de estatutos, estos también tienen la ventaja de combatir el problema de la informalidad que aqueja la economía argentina²⁰⁸ facilitando la constitución de sociedades, incluso sin necesidad de recurrir a profesionales que puedan tornar más oneroso el trámite (ej. abogados, contadores, escribanos, gestores, etc.).

Una de las mayores críticas que recibió el instrumento constitutivo de la SAS (art. 36 LACE) es que coarta la libertad contractual, pareciendo contradictorio que se hayan regulado ambas de forma conjunta. Sin embargo, ello no es un problema del instrumento modelo, sino de que los Registros no han dado facilidad para apartarse de los mismos (ya sea por cuestiones tecnológicas o burocráticas).

Es cierto que —en los hechos— el modelo podrá provocar que los socios lo elijan para evitar mayores costos y para beneficiarse de la celeridad que otorguen (art. 38 LACE)²⁰⁹. Pero la realidad es que el instrumento constitutivo modelo más que atentar contra la sociedad y su libertad, otorga una baja del costo de transacción entre las partes que deseen asociarse de forma rápida²¹⁰, y sería conveniente que los registros públicos ahonden en

²⁰⁸ Se calcula que un 25,3% del PBI de Argentina se encuentra en la economía informal. Cfr. Friedrich SCHNEIDER, Andreas BUEHN, Claudio E. MONTENEGRO “Shadow Economies All over the World New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007”; Policy Research Working Paper 5356, The World Bank Development Research Group Poverty and Inequality Team & Europe and Central Asia Region Human Development Economics Unit, julio 2010.

²⁰⁹ Cfr. AYRES, Ian, “Menu Matter”, Yale Law School *Faculty Scholarship Series*, Paper 1173, 2006; LISTOKIN, Yair, “What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination”, Yale Law & Economics Research Paper N.º 335.

²¹⁰ Cfr. EASTERBROOK y FISCHEL D.R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ofrecer mayores opciones de modelos y cláusulas, y así puedan competir las jurisdicciones entre sí, otorgando diferentes posibilidades para evitar las contingencias más usuales²¹¹.

²¹¹ Cfr. Romano, Roberta, *The Genius of American corporate law*, American Enterprise Institute, 1993.

LA UNIPERSONALIDAD DERIVADA Y EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA

RASPALL, Miguel A.

Resumen. Desde nuestra perspectiva, el principio de conservación de la empresa nos lleva a realizar un análisis finalista de los efectos que se producen como consecuencia de la unipersonalidad derivada o sobreviniente en relación con los socios y de terceros, donde la eficiencia, la economía de gastos y esfuerzos puede ser un elemento determinante para empresas mipymes, por lo cual sostenemos, conjuntamente con otros autores, que la continuación de la sociedad debe hacerse bajo el formato en que están constituidas, sin necesidad de incorporar nuevo socio ni transformarla.

La unipersonalidad derivada o sobreviniente no es causal de disolución de la sociedad (supresión del art. 94 inc.8 y incorporación del art 94 bis (LGS). Las sociedades Colectiva, SRL y SA continúan como sociedades unipersonales, bajo el mismo tipo social en que están constituidas.

Consideramos que si no incorporan nuevo socio o si no se transforman en algún tipo de sociedad unipersonalidad con limitación de la responsabilidad (SAU - SAS), no continúan como sociedades de la Secc. IV LGS como consecuencia de la violación del tipo sustancial de pluralidad de socios (sociedades atípicas), dado que se ha modificado el art. 1° de la LGS admitiendo la unipersonalidad, y con ello, la flexibilización del recaudo de pluralidad de socios cuando se trata de casos de unipersonalidad derivada.

Esta interpretación que efectuamos adhiriendo a la opinión de otros muchos autores, es la que más se ajusta al principio de conservación de la empresa, evitando gastos, costos, esfuerzos y trámites innecesarios, que no aportan ventajas ni para la sociedad, el socio ni los terceros.

Ponencia

1) Introducción

La unipersonalidad derivada o sobreviniente es la situación que afronta una sociedad que fue constituida por una pluralidad de socios, al pasar a quedar conformada por un único socio a raíz de algún acontecimiento sobreviniente (muerte, exclusión, retiro, etc),

de allí que también se la denomine como “unipersonalidad sobreviniente”. Se diferencia entonces de la unipersonalidad “originaria” en que ésta, desde el momento mismo de su constitución, se integra con un solo socio.

El tema a desarrollar en esta ponencia, son las consecuencias y los efectos que se producen en relación con la sociedad, con los socios y con los terceros, cuando sobreviene la unipersonalidad.

2) La continuación de la empresa

Nuestra visión, en relación con el instituto de la unipersonalidad derivada, está estrechamente relacionada con la aplicación eficiente del principio de conservación de la empresa, el cual ha tenido reconocimiento legislativo en el derecho comercial y especialmente en el derecho societario, desde el año 1972²¹², y cuya presencia se ha ido intensificado con el correr de los años, de lo que dan cuenta las reformas introducidas por la ley 26994 a la LGS.

Conforme a ello, el análisis de la reforma introducida por la ley 26994 a la LGS en relación con la unipersonalidad sobreviniente, lo realizamos desde una mirada que, ante los vacíos y las contradicciones de la regulación, es la más eficiente y menos costosa para el empresario social unipersonal que debe continuar con el giro. O sea, proponemos desde este trabajo, aplicar un criterio interpretativo que facilite la conservación de la sociedad y de la empresa, obviando en la medida de lo posible, procedimientos complejos y onerosos material y técnicamente, que lucen como innecesarios.

En la doctrina societarista nacional, se advierten significativas diferencias de análisis en cuanto a las consecuencias y efectos que produce la unipersonalidad sobreviniente o derivada, no obstante ello, existen coincidencias mayoritarias en que las reformas introducidas por el P.E. al “Proyecto de Reformas” (año 2014), han dejado vacíos regulatorios, inconsistencias y contradicciones que han dado lugar a una amplitud de visiones interpretativas.

3) Sobre la unipersonalidad derivada o sobreviniente

La LGS ha admitido en su art. 1° que una sociedad puede constituirse con “una” o más personas”. De este modo, se ha abierto el camino para la existencia de sociedades unipersonales y congruentemente con esta previsión, la reforma suprimió el art. 94 inc. 8

²¹² Leyes 19550 (LSC) y 19551 (L.C).

LSC²¹³ y estableció expresamente en el art. 94 bis, *que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución*.²¹⁴

El mismo artículo 1º LGS, en el segundo párrafo, establece que las sociedades unipersonales solo pueden “*constituirse*” como sociedad anónima (las que deberán adecuarse al subtipo “SAU”).-

Conforme al artículo 94 bis, cuando se trate de sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria que tienen dos clases de socios, la unipersonalidad sobreviniente implica la transformación –de pleno derecho- en una sociedad anónima unipersonal (SAU) sino se decide otra solución en el término de 3 meses.²¹⁵ En el término de tres meses el socio podría transformarla no solo en una SAU, sino también en una SAS.-

La ley no se expide que pasa con otro tipo de sociedades como las Colectivas, SRL e incluso la SA, en caso de pasar a ser unipersonales. La doctrina nacional da diferentes respuestas y soluciones para el tema de la unipersonalidad derivada, de los que realizaremos seguidamente una descripción sintética;

a) No es causal de disolución.

La doctrina coincide en que la sociedad devenida en unipersonal no se disuelve por ese solo hecho, ello así, por la disposición expresa del art. 94 bis²¹⁶ en consonancia con el art. 1º que admite la unipersonalidad societaria.

De esta posición se deriva como consecuencia, que la sociedad puede continuar como unipersonal, para algunos obligatoriamente como SAU, otros sostienen que se debe transformar o derivará automáticamente en el formato de las sociedades atípicas o simples (Secc. IV) y por último, otros afirmamos que continúan manteniendo su tipo social sin modificaciones.

b) Unipersonalidad originaria y derivada

Una parte muy representativa de la doctrina societarista, se expide sosteniendo que debe hacerse una diferenciación entre “unipersonalidad originaria” y “unipersonalidad derivada”. Como consecuencia de esta diferenciación, se afirma que la exigencia de que una sociedad pueda constituirse en unipersonalidad solo adoptado el tipo SA (SAU), no es

²¹³ LSC art. 94 La sociedad se disuelve...”inc. 8) por reducción a uno el número de socios siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de 3 meses...”

²¹⁴ También la ley 27.349 (LACE) receptó la unipersonalidad para las SAS.

²¹⁵ Dejamos sin analizar, pero advertimos sobre la existencia de un tema al cual la doctrina le ha dedicado un interesante análisis, que es el relacionado con la transformación de estas sociedades en SAU “*de pleno derecho*”, y como podría ocurrir tal transformación en forma automática, dado que la ley no se expide sobre el procedimiento a seguir.

²¹⁶ LGS Art. 94 bis “La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución...”

de aplicación para los supuestos en que se produce la unipersonalidad sobreviniente.²¹⁷ De modo tal que para esta corriente doctrinaria -de la cual participamos-, la unipersonalidad sobreviniente no obliga a continuar únicamente bajo el tipo social SAU, sino que admiten otras posibilidades. Recordemos también que la sociedad devenida en unipersonal podría transformarse en una SAS (Art. 61, Transformación, LACE ley 27.349)²¹⁸

4) Posiciones doctrinarias en relación con la unipersonalidad sobreviniente

Conforme hemos podido relevar, las posiciones doctrinarias en torno a cómo continua una sociedad pluripersonal cuando sobreviene la unipersonalidad -por cualquier causal- son las siguientes;

a) Incorporación de un socio, SAU o disolución

Una doctrina -que entiendo es minoritaria- sostiene que, ante el hecho de la unipersonalidad sobreviniente y de acuerdo al texto del art. 94 bis, la sociedad en cuestión puede arbitrar las siguientes soluciones y consecuencias; a) incorporar un nuevo socio dentro de los 3 meses (remiten al art. 163 CCCN); b) se transforma en SAU o; c) caso contrario, incurrirá en causal de disolución.²¹⁹

b) Sociedades de la Sección IV.

Hemos anticipado que para una importante y calificada doctrina nacional²²⁰ en el caso de sobrevenir la unipersonalidad en las SC y SRL, la sociedad no se disuelve y continúa, pero a partir del evento, o incorpora un nuevo socio o se transforma en una SAU o SAS, caso contrario, la misma pasa a ser una *sociedad atípica* en forma automática y comienzan

²¹⁷ Dejamos expuesto que este tema se origina en que la LGS refiere siempre a la “constitución” (Arts. 1°, 5, 7 art. 17 parr.2°, 118, entre otros), pero la situación que nace de la aplicación del art. 94 bis, implica la existencia de una sociedad unipersonal, que no “se constituye” como tal, sino que deviene en tal por un hecho sobreviniente, lo que implica una “unipersonalidad es derivada”.

²¹⁸ Al respecto debemos recordar que la ley reformadora 26.994 es del año 2015 y la LACE (Ley de Apoyo al capital Emprendedor es del año 2017, o sea, es una ley posterior.

²¹⁹ NISSEN, Ricardo A. Estudios sobre el CCCN. Las personas jurídicas. ED, diario del 7.7. 2015.

²²⁰ JUNYENT BAS, Francisco-FERRERO, Luis Facundo. Reformas a la ley de sociedades por la ley 26994, Advocatus. Córdoba 2015, p. 102.- ROITMAN, Horacio. Ley de Sociedades Comerciales. Editorial La Ley, año 2023, T. III, p. 126.- VITOLLO, Daniel R. Reformas a la ley General de Sociedades 19550. Ley 26994 Comentada. Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe 2015, T II, p. 64.- SANCHEZ HERRERO, Pedro. Tratado de Sociedad de Responsabilidad Limitada, Editorial Astrea, año 2018, Tomo I p. 487 a 494, ISBN: 978-987-706-212-0

a aplicársele las previsiones de los arts. 17, 21 y s.s. (LGS) o sea, pasan a integrar el elenco de las sociedades simples o atípicas de la Sección IV. Expresan que tanto las S.C. como las SRL requieren dos o más socios y al quedar con uno solo, se produce una “atipicidad sustancial”, razón por la cual le son aplicables previsiones aludidas, por lo cual pasan a ser sociedades “unipersonales” de la Sección IV LGS.

De esta posición doctrinaria extraemos dos consideraciones que nos parecen importantes;

- Estos autores, tomando en consideración el principio societario de la conservación de la empresa, admiten que si no hay transformación, la sociedad devenida en unipersonal continúa, pero bajo otro tipo societario, que es el régimen de la Sección IV.
- Estos autores -como anticipamos supra- participan del criterio doctrinario que distingue -en la LGS- entre unipersonalidad originaria (que solo autoriza SAU) y unipersonalidad derivada (SRL y SC). En definitiva sostienen que debe aplicarse un tratamiento diferencial para la constitución de sociedades unipersonales, que para la unipersonalidad derivada, extrayendo como conclusión que estas sociedades - frente al hecho sobreviniente- sino se transforman, continúan como sociedades unipersonales de la Sección IV LGS.

c) *Conservan el tipo social.*

Otros autores²²¹, entre los cuales nos incluimos, consideramos que la sociedad no se disuelve por unipersonalidad derivada y que la misma continúa con un solo socio “bajo el tipo social” en que está constituida, o sea, continúan como SC o SRL²²². Igualmente valdrían

²²¹ MANOVIL, Rafael. Las sociedades devenidas unipersonales. RCCyC 2015, Citar, TR La Ley AR/DOC3342/2015; ZUNINO, Jorge A.- Régimen de sociedades. Ley 19550. Astrea Virtual 2022. P. 96. Año: 2022 ISBN: 978-987-706-407-0.- AGUINAGA BARO, Luis Felipe. XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Córdoba 2022.- Ponencia, Unipersonalidad sobreviniente en la Sociedad de Responsabilidad Limitada, T. I, pag. 227; CAPDEVILA, Tomás - ESCUTI AGONOA, Verónica -GUZMAN, Dolores, XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Rosario 2019. La unipersonalidad sobreviniente a la luz de la regulación de la Ley General de Sociedades, T 2 p. 1732; CESARETTI María. XIV Congreso Argentino de Derecho Societario y X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Córdoba 2019 “Unipersonalidad sobreviniente. ¿es exigible la subsanación de la sociedad?, T.2 p.1771.

²²² Hacemos notar que principalmente las más afectadas en caso de ser enviadas a la Sección IV serían las SRL, por dos razones; a) Son mucho más numerosas que las SC que prácticamente ya no se constituyendo nuevas y b) les modifican sustancialmente el régimen de responsabilidad a los socios y no así a las SC.

estas reflexiones para una SA que ha devenido en unipersonal y que el socio no quiere que quede incluida en las SAU por las consecuencias que se derivan de continuar bajo el régimen y exigencias que este subtipo establece.

Los fundamentos sobre los cuales nos apoyamos para asumir esta posición, en la que sostenemos la continuación sin modificación del tipo, ni del contrato, ni de la organización patrimonial, son los siguientes:

- En primer orden compartimos que la limitación que establece el art. 1° parra. 2° (solo SA-SAU) se aplica solo para la “*constitución*” de sociedades unipersonales y no para la unipersonalidad derivada.
- Que la unipersonalidad sobreviniente no produce la disolución (Art. 94 bis), razón por la cual la sociedad continúa y lo hacen como sociedades unipersonales (no disolución, continuación y unipersonalidad derivada). Además,...la ley especial, no exige la pluralidad de socios para la subsistencia de la sociedad.²²³ Acreditado entonces que la SC o SRL no se disuelven, cabe desestimar los intentos de fijar soluciones distintas a la única que surge del régimen legal, que es la continuidad inalterada de la personalidad societaria.²²⁴
- Respecto de las SA, una parte de la doctrina considera que las mismas deberán adecuarse al subtipo SAU²²⁵. Por nuestra parte proponemos analizar el caso en el cual el socio único de una SA no quisiera someterse a las exigencias que se establecen para las SAU, excesivas -a nuestro entender- para las sociedades mipymes, siendo esta la razón de su bajísimo uso, por lo cual consideramos que se les puede aplicar el análisis que hacemos para las SRL.
- Al establecer el art. 94 bis (LGS) que las sociedades devenidas en unipersonales continúan sin disolverse, vemos que el mismo no establece ninguna otra consecuencia en relación con el tipo legal bajo el cual deba continuar, tampoco establece ni sanciones ni plazos para transformarse o modificar el tipo (fue suprimido del inc.8 del ex art. 94 LSC), por lo cual consideramos que frente a esta redacción que nada dice, es lógico afirmar que las mismas siguen actuando con y bajo el tipo constituido, sin disolverse (SRL, SC) .-
- También algunos autores aluden como apoyatura para continuar con el mismo tipo social, que ante el silencio del art. 94 bis (no obliga a cambiar de tipo social), debe aplicarse analógicamente la previsión del art. 101 que el tipo social se mantiene aún para las sociedades en liquidación, “las que se rigen por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles”.

²²³ MANOVIL, Rafael. Las sociedades devenidas unipersonales. RCCyC 2015, Citar, TR La Ley AR/DOC3342/2015...III) EL concreto problema de las sociedades devenidas en unipersonales.

²²⁴ AGUINAGA BARO, Luis Felipe. Ponencia citada supra.

²²⁵ Sostienen –con buen criterio- que no es necesario realizar una transformación, sino solo una adecuación.

- La regulación del régimen de las SAS (Ley 27349 /2017) de fecha posterioridad a la reforma del CCCN (2015), consolida la presencia de la unipersonalidad en el régimen societario y no puede dejar de ser considerado dentro de este análisis, donde abogamos por una interpretación eficiente en relación con el principio de conservación de la empresa.
- Desde el punto de vista de los terceros y su relación con la sociedad que continúa con su tipo, (ej. una SRL o una SA), los mismos no sufren alteración ni merma alguna en orden al patrimonio que fue tomado en consideración para contratar y que garantiza sus transacciones, pues la sociedad sigue siendo la misma, con su estructura jurídica y patrimonial sin modificaciones.

5) Unipersonalidad derivada y Sociedades de la Sección IV. LGS

Como hemos explicado en el punto 4) b., una parte significativa de la doctrina considera que la continuación de las sociedades (SRL, SC, SA) al sobrevenirle la unipersonalidad, sino incorporan nuevos socios o no se transforman en otro tipo social (SAU- SAS) automáticamente pasan a quedar incluidas en las sociedades simples “unipersonales” (Sección IV) o en su caso, como lo expone Vítolo, la sociedad continúa con su tipo, pero pasará a ser regulada por las disposiciones de la Secc. IV. (LGS). Esta posición propone y acepta que la sociedad continúa bajo un tipo social unipersonal que no es la establecida en el art. 1° LGS (SAU), criterio este que es igualmente aplicable a nuestra propuesta, mediante la cual sostenemos que continúan bajo el mismo tipo social en que están constituidas, o sea, un tipo distinto a las previsiones del Art. 1° LGS.

Debe advertirse que en ningún tipo social (excepto la de dos clases de socios) la ley comienza la regulación de cada tipo diciendo que deben ser “dos o más personas”. En realidad, en el régimen anterior, no hacía falta que lo dispusiera para cada tipo social, dado que el art. 1° LSC (1955) establecía que... “habrá sociedad comercial cuando *dos o más personas...* y por ende, con ello era suficiente, no hacía falta repetirlo en cada tipo; todas las sociedades el Capítulo Segundo debían constituirse necesariamente con dos o más socios. Al modificarse el artículo 1° LGS y establecer que “habrá sociedad si una o más personas”...consideramos que no se puede aplicar el criterio de la atipicidad para las SA, SRL y SC que queden con un solo socio, dado que el art. 94 bis no exige la pluralidad.

Comparto con otros autores, que obligar al socio único de una sociedad con *limitación* de la responsabilidad a pasar a otra con *ilimitación* de la responsabilidad, implica un agravamiento de la responsabilidad del mismo para poder continuar y ello no resulta de la ley (se suprimió la sanción), y tampoco del art. 94 bis que autoriza la continuación sin

disolverla, pero nada exige en relación con el tipo legal. Como refiere Manovil²²⁶, el agravamiento de la responsabilidad es de interpretación restrictiva y solo puede ser impuesto por la ley y no por vía analógica o interpretativa.

Como advertíamos supra, existiendo las SAS, el socio único podría continuar actuando -mediante la transformación- con una sociedad unipersonal con limitación de la responsabilidad, pero para ello debe hacerse cargo de los costos, trámites, consultas, asesoramiento, esperas, incomodidades, disposición de tiempo y demás que implica el procedimiento en cuestión -sin ventajas comparativas ni para la sociedad, el socio o los terceros- sumamente inconveniente sobre todo para las mipymes, que es lo que a través de este trabajo propiciamos que se evite.

La redacción de la LGS ha dejado abierto un escenario que admite la interpretación doctrinaria divergente antes expuesta, razón por la cual, en este territorio de incertezas y de "*opinabilidad*", sostenemos que la aplicación del principio de conservación de la empresa nos lleva a propiciar -dentro del marco legal- una interpretación que sea facilitadora de la continuación de la manera más eficiente y menos costosa, obviamente sin causar perjuicios a terceros ni modificar la responsabilidad patrimonial asumida por la sociedad en su relaciones con los mismos. Si el socio único no estuviera en condiciones o con la voluntad o posibilidad de hacer la transformación, obligarlo a quedar incluido dentro de la tipología de la de la sociedad de la Secc. IV, implica imponerle un régimen de responsabilidad agravada sin norma que así lo establezca.

De allí que proponemos establecer que el tipo social mediante el cual continuarán será el que más se ajuste a su propia realidad, sea más eficiente, menos oneroso y facilite la continuación de la actividad y la conservación de la empresa, o sea, el mismo tipo con el cual ya están funcionando, contratando, obligándose, y que tiene registrados los bienes que conforman su patrimonio.

La interpretación que proponemos conjuntamente con otros muchos autores, produce una razonable empatía y coherencia, entre la unipersonalidad derivada y la conservación de la empresa, facilitando la continuación de la actividad, sin causar perjuicios a terceros.

Nos parece de interés recordar que el proyecto de reformas a la LGS (año 2019) proponía con buena doctrina, la modificación de este artículo 94 bis resolviendo el conflicto doctrinario interpretativo que existe en la actualidad sobre el tema, al establecer

²²⁶ MANOVIL, Rafael. Trabajo citado supra.

que *“la reducción a uno del número de socios, no es causal de disolución de ninguna sociedad la que continúa sin alteraciones”*²²⁷.-

²²⁷ Proyecto de Reformas 2019. ARTÍCULO 94 bis.- Reducción a uno del número de socios. La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución de ninguna sociedad, la que continuará funcionando sin alteraciones, salvo si fuera de uno de los tipos que requieren dos clases distintas de socios. En este supuesto la sociedad deberá restablecer las dos clases de socios o transformarse en otro tipo dentro de los tres (3) meses de haber quedado reducida a un solo socio. Pasado ese lapso quedará disuelta

**IMPACTOS DE LA INFLACIÓN EN LAS SOCIEDADES.
ASPECTOS LEGALES Y CONTABLES
RECIO, Juan Ignacio²²⁸**

SÍNTESIS: La elevada y persistente inflación afecta diversos aspectos de las sociedades con consecuencias para los socios, administradores y terceros, tales como la información contable, los dividendos, las reservas, el capital, las pérdidas, los deberes de los directores, etc. El derecho societario debe atender al contexto en que se desenvuelven las empresas brindando interpretaciones y soluciones que permitan sortear las dificultades que se presentan.

I.-INTRODUCCIÓN

La inflación de julio de 2023 fue del 6,3%, veníamos de un 6% en junio, 7,8% en mayo, el 8,4% en abril y de un 7,7% en marzo. En los primeros siete meses de 2023 el índice de precios al consumidor acumulado fue del 60,2%, mientras que la inflación interanual alcanza el 113,4%. Con estos números las proyecciones se ubican por sobre el 140% para este año. En 2022 la inflación había sido de 94,8% y en 2021 del 50,9%

Si bien los economistas consideran que existe hiperinflación cuando el índice supera el 50% mensual, lo cierto es que la dinámica sostenida en los últimos años sigue apuntando a una inflación cada vez más creciente y no hay muchas razones para pensar que el año próximo sea mucho mejor en este aspecto.

En ese contexto nos movemos diariamente en la economía, se desenvuelven las empresas y deben tomar decisiones.

Es de toda evidencia que una inflación tan significativa como la que hoy nos aqueja tiene importantes impactos en distintos aspectos de las sociedades.

El objetivo de este trabajo es determinar sus principales impactos y posibles soluciones a los problemas que se plantean.

²²⁸ Abogado y contador público (UBA). Socio fundador y secretario del Instituto Autónomo de Derecho Contable (IADECO) jrecio@fds.legal

II.-EL AJUSTE POR INFLACIÓN

Una inflación significativa puede hacer perder utilidad a los estados contables preparados sobre valores históricos, pues los importes correspondientes a los distintos rubros y transacciones se encontrarán expresados en monedas de distinto poder adquisitivo. Esos importes expresados en moneda nominal tienen poderes adquisitivos diversos, por lo que sus comparaciones y acumulaciones producen información que no reúne todas las cualidades que ella debería satisfacer para ser útil, salvo cuando los efectos de la omisión de los ajustes por inflación sean insignificantes²²⁹.

La inflación plantea dos problemas a resolver contablemente: la debida valuación de los distintos rubros y la medición del resultado inflacionario. A tal efecto, las normas contables profesionales prevén la utilización como unidad de medida de una moneda homogénea mediante la aplicación del ajuste integral de los estados contables (Resolución Técnica FACPCE N° 6 y N° 17 apartado 3.1, Normas Unificadas de Contabilidad (RT 56 FACPCE) punto 176 y siguientes).

El requerimiento de confección de los estados contables en moneda de un mismo poder adquisitivo fue receptado en el ordenamiento societario por la ley 22.903 (B.O. 13 de septiembre de 1983) que incorporó como último párrafo del art. 62 de la LGS la exigencia de que *“los estados contables correspondientes a ejercicios completos o períodos intermedios dentro de un mismo ejercicio, deberán confeccionarse en moneda constante”*²³⁰.

Pese a ello, no siempre se aplicó en la práctica lo dispuesto por el art. 62 de la LGS, como ocurrió bajo la vigencia del decreto 664/2003.

Con el incremento de la inflación en los últimos años, la negación normativa se hizo insostenible y, finalmente, la ley 27.468 (B.O. 4 de diciembre de 2018) derogó el decreto 664/03. Como consecuencia de ello, la FACPCE aprobó la Resolución de Junta de Gobierno N° 539/2018, y dispuso la aplicación del ajuste por inflación para la preparación de los estados contables correspondientes a períodos contables (anuales o intermedios) con cierres a partir del 1 de julio de 2018 (inclusive).

La Resolución Técnica (FACPCE) N° 17 –en concordancia con las normas internacionales- establece que un contexto que amerita ajustar los estados contables es aquel en que la inflación acumulada en tres años, alcanza o sobrepasa el 100%. La Resolución de Junta de Gobierno N° 539/2018 de la FACPCE consideró cumplido dicho requisito cuantitativo y

²²⁹ FOWLER NEWTON, Enrique, *“Cuestiones contables fundamentales”*, 4ta. edición, ed. La Ley, 2008, págs. 277/297.

²³⁰ FAVIER DUBOIS (p), Eduardo M., *“El derecho y la contabilidad, relaciones interdisciplinarias”*, Universidad de Morón, 2008, pág. 101.

dispuso la aplicación del ajuste por inflación para los estados contables correspondientes a períodos contables anuales o intermedios con cierres a partir del 1 de julio de 2018, inclusive. Se aplica a partir de entonces la Resolución Técnica (FACPCE) N° 6 o la NIC 29, según el caso.

III.-DETERMINACIÓN DEL RESULTADO DEL EJERCICIO

La inflación interpela a las empresas en cuanto a determinar si obtienen ganancias o pérdidas, pues genera innumerables problemas para determinar el valor de los bienes y medir el resultado inflacionario.

Para saber si una empresa tuvo ganancias o pérdidas primero debe poder medirse su capital. Desde un punto de vista económico una empresa gana si acumula capital. Pero para esto se hace necesario medir ese capital y tomar alguna pauta de actualización para poder comparar dos momentos distintos.

Es evidente que esa comparación no puede hacerse en pesos nominales porque no va a arrojar una información útil sino completamente distorsionada. Para suplir eso debemos o bien corregir el valor en pesos a través de algún índice que homogenice el poder adquisitivo de la moneda, o hacer una conversión a una moneda fuerte. El camino de nuestras normas contables es el primero.

Por ello, actualmente, la ganancia o pérdida del ejercicio es la que surge de la última línea del estado de resultados confeccionado en moneda homogénea, lo cual implica que es ese resultado ya es neto del efecto inflacionario²³¹.

IV.-LA INFLACIÓN Y LOS DIVIDENDOS

Uno de los inconvenientes que se planteaban cuando no se aplicaba la reexpresión de los estados contables era el riesgo que al adoptarse una resolución sobre la base de un balance no ajustado, se distribuyan ganancias nominales que no serían tales de practicarse el ajuste, licuándose el capital de la sociedad. Paralelamente, existía el riesgo de que los socios minoritarios reclamen la distribución de ganancias contables generándose un conflicto derivado de contraponer el derecho al dividendo con la imposibilidad económica de su distribución²³².

En lo que hace a los dividendos, sabemos que uno de los requisitos para el reparto es la existencia de ganancias realizadas y líquidas comprobadas mediante un balance debidamente confeccionado y aprobado por la asamblea de accionistas.

²³¹ RECIO, Juan I., *"Ganancias y pérdidas en las sociedades anónimas"*, ed. Errepar, Bs. As., 2023, pág. 78.

²³² RECIO, Juan I., *"Dividendos, reservas e inflación"*, en *"20° Congreso Nacional de Profesionales en Ciencias Económicas"*, ed. Buyatti, Bs. As. 2014, pág. 163 y ss.

Por su propia definición, el concepto de ganancia refiere en primer término a una ganancia neta, es decir, deducidos todos los costos y gastos del ejercicio, por lo que debemos partir de la última línea del estado de resultados, en los que el eventual saldo positivo ya tiene deducido el resultado inflacionario. El resultado del ejercicio hoy expone la ganancia o pérdida del ejercicio neta del resultado inflacionario.

Conforme al art. 312 de la RG 7/2015 las resoluciones assemblearias deben ser tomadas sobre la base de los estados contables reexpresados, por lo que el reparto o no de dividendos debe evaluarse sobre este balance.

Ahora bien, cuando hablamos de inflación siempre presumimos que el RECPAM va a ser negativo, lo cual es el supuesto más habitual pero no necesariamente es siempre así. Si la sociedad cuenta con preponderancia de activos no monetarios o los pasivos monetarios superan a los activos monetarios podría darse el caso

En este caso, las ganancias atribuidas al efecto de la inflación no podrían ser consideradas como realizadas y líquidas y ser susceptibles de sustentar el pago de dividendos porque no provienen de operaciones de intercambio perfeccionadas que generen un ingreso de fondos²³³.

Finalmente, aprobada la distribución se plantea el tema de la depreciación del crédito por dividendos, dado que entre la declaración por asamblea y el efectivo pago suele transcurrir cierto tiempo.

El dividendo debe ser abonado dentro del plazo que fije el estatuto o en el menor tiempo que determine la asamblea que los aprueba. Es de estilo que los estatutos prevean que los dividendos deben ser abonados “*dentro del año de su sanción*” o “*antes de finalizar el ejercicio en que son sancionados*”, fijando un plazo máximo de pago.

Si nada dijera el estatuto, la asamblea debe establecer el momento del pago, y si ésta tampoco lo hace serían exigibles inmediatamente²³⁴. La asamblea también puede delegar en el directorio que determine la época del pago, lo cual también es habitual porque el órgano de administración debe primero reunir la liquidez para hacer frente al pago de los dividendos aprobados. Si el estatuto fija un plazo máximo de pago, el directorio no podría hacerlo más allá de ese plazo sin que la sociedad incurra en mora. Cuando la asamblea dispone el pago “*en la forma y época que fije el directorio*”, la jurisprudencia considera que sujeta el cobro a un plazo

²³³ RECIO, Juan I., 5. “El concepto de “Ganancia Realizada y Líquida”, “II Jornada Nacional de Derecho Contable”, Tucumán, 12 de junio de 2009, ed. UNSTA, pág. 205.

²³⁴ ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales...”, 2da. edición, ed. La Ley, Bs. As. 2011, T. II págs. 547/548-

suspensivo e indeterminado y, en consecuencia, quien quiera exigir el pago debe pedir fijación judicial del plazo para constituir en mora a la sociedad²³⁵.

Considerando la prohibición de indexar que se mantiene en la ley 25.561 el diferimiento de un pago nominal en pesos genera importantes perjuicios a los accionistas.

V.-INFLACION Y AUTOFINANCIACION

En escenarios de crisis e incertidumbre como el que atravesamos podríamos también pensar que las empresas que obtienen ganancias tenderán a evitar o reducir la distribución.

Debemos recordar que en materia de autofinanciación se plantea siempre una tensión entre el interés de la sociedad y el interés individual de los accionistas inversores, en general minoritarios.

Para ello, de acuerdo con los arts. 66 y 70 de la LGS, y la reglamentación de la IGJ, será necesaria la conformación de una reserva o la capitalización de las utilidades, requiriéndose su fundamentación en la memoria del directorio, en forma clara y circunstanciada, y esa decisión será válida si responde a criterios razonables y de prudente administración.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que la jurisprudencia ha fallado que la sola existencia de un contexto general de crisis no es justificativo, por sí solo, para la retención de utilidades, sino que la fundamentación siempre de atender a la situación específica de la sociedad: *“la sola notoriedad de ciertos hechos no puede constituir una autorización en blanco para que los administradores o socios controladores de la sociedad funden en ellos decisiones acerca de los cuales la ley exige precisiones enderezadas a la protección de los socios minoritarios”*²³⁶.

Por ello, si la sociedad va a invocar la inflación o la crisis cambiaria como fundamento para la autofinanciación va a tener que explicar, al menos someramente, la forma en que esos fenómenos la afectan puntualmente²³⁷.

Asimismo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha juzgado que la decisión social de retener las utilidades generadas durante los años 2007/2008 sustentada sólo

²³⁵ CNCom. Sala A, 11.08.2003, “Arana, Martín F. c/ Muelles y Depósitos S.A. de Estibaje y Transporte S.A.”, LL 2004-A-80.

²³⁶ CNCom. Sala D, 28.02.1985, “Saunier, Roberto V. y otros c. La Casa de las Juntas S. A.”, LL 1985-D-95, Cita Thomson Reuters Online: AR/JUR/1957/1985.

²³⁷ RECIO, Juan I., 7. “Criterios para evaluar la razonabilidad de las reservas facultativas”, “XI Congreso Argentino de Derecho Societario. VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Mar del Plata 19 al 22 de octubre de 2010, ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Tomo III pág. 411.

en la existencia de una crisis económica nacional y mundial, sin otra especificación, no estaría justificada en los términos de los arts. 66 inc. 3 y 70 de la LGS que exigen razones fundadas, explicadas clara y circunstanciadamente para constituir reservas²³⁸.

Por otro lado, también tenemos que considerar que la utilidad que arroje el balance es un dato histórico de lo ocurrido durante el ejercicio. Esa información será analizada por los accionistas, en la mayoría de los casos, a por lo menos cuatro meses de cerrado el ejercicio.

Si analizábamos luego de abril de 2023 unos estados contables al 31 de diciembre de 2022, no podemos dejar de considerar que esos datos quedan completamente desactualizados con una inflación acumulada del 32% luego del cierre, que es el saldo de los primeros cuatro meses de este año. También deberían tenerse en cuenta las proyecciones económicas al momento de tratar los estados contables.

La forma que tiene el directorio de introducir estas cuestiones son los hechos posteriores al cierre y, especialmente, la memoria donde el directorio podrá referirse a éstos, al contexto actual y a las proyecciones futuras²³⁹.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que la inflación no necesariamente es un fenómeno que debe repercutir negativamente en el reparto de utilidades, porque si la sociedad tiene exceso de liquidez o la posibilidad de acceder a tasas convenientes -que en general serán las tasas subsidiadas- probablemente la decisión más eficiente sea la de utilizar ello para pagar dividendos.

VI.-INFLACION Y PÉRDIDAS

El resultado negativo que arroje la remediación se expone en el cuadro de resultados y será computable a los efectos de determinar la configuración de la pérdida de capital social. Por el contrario, si ese resultado es positivo, el incremento patrimonial también resulta computable para determinar la suficiencia patrimonial. De ese modo, el patrimonio de una sociedad cuyo balance histórico arroje una situación de pérdida del capital social puede quedar saneado mediante la aplicación de la remediación, y viceversa²⁴⁰.

²³⁸ CNCom. 23.03.2010, “Carreras Alberto Jaime c/ Juárez Edgardo y otros”, La Ley online AR/JUR/12373/10)

²³⁹ RECIO, Juan I., “Ganancias y pérdidas en las sociedades anónimas”, ed. Errepar, Bs. As., 2023, pág. 156 y ss.

²⁴⁰ RECIO, Juan I., “La pérdida del capital social ante el ajuste por inflación. Consecuencias y soluciones prácticas”, en Doctrina Societaria y Concursal Errepar, N° 384 Noviembre 2019.

El art. 312 de la Resolución General 7/2015 (modificado por Resolución General 10/2018), que ahora establece que los estados contables deben presentarse en moneda homogénea, expresamente establece que *“Las decisiones adoptadas por el órgano de gobierno de la sociedad deberán tomarse con la información contable en moneda constante”*.

Así, la declaración o no de disolución por pérdida del capital social, por determinar si la sociedad incurrió en la causal de reducción obligatoria, debe tomarse según el balance ajustado.

En caso de pérdida de capital pueden recurrirse a distintas alternativas previstas en la ley y en las normas contables, como el reintegro de capital, su aumento, la combinación de aumento y reducción, la revaluación de activos y el concurso preventivo²⁴¹.

En cuanto a la revaluación de activos, estrechamente relacionada con el fenómeno inflacionario, cabe aclarar que si bien las normas de la IGJ no autorizan la capitalización del saldo por revaluación, ni su utilización para absorber pérdidas, establecen que dicho saldo podrá ser computado como parte de los resultados acumulados a los fines de determinar la configuración de la pérdida del capital social (art. 320, ap. B.2., RG 7/2015). De esta manera, la aplicación del modelo de revaluación puede permitir un incremento patrimonial que conduzca a revertir la pérdida del capital social. Para los socios puede tener la ventaja de no exigir la realización de nuevos aportes; sin embargo, la remediación no brinda soluciones a aquellos entes que presenten también problemas financieros habida cuenta que no implica ingreso de fondos.

VII.-INFLACIÓN Y APORTES DIFERIDOS DE CAPITAL

Con su habitual lucidez, en la XVI Jornada Nacional de Derecho Contable, el Dr. Bernardo Carlino advirtió el problema que se suscita en aquellas sociedades anónimas o responsabilidad limitada en las que se hace uso de la opción de integrar un 25% de los aportes en efectivo al inicio y el saldo en un plazo no mayor a dos años, el cual afecta la integridad del capital.

En el actual contexto, cuando finalizan los dos años la sociedad tendrá una pérdida producto de la depreciación del crédito por aportes que implica una evidente contradicción con el concepto y las funciones del capital, a la que debería procurarse algún mecanismo de solución ante la imposibilidad legal de ajustar la obligación de aporte asumida

²⁴¹ Para el desarrollo de cada una ver: RECIO, Juan I., *“Ganancias y pérdidas en las sociedades anónimas”*, ed. Errepar, Bs. As., 2023, pág. 222 y ss.

por los socios. La propuesta de Carlino es fijar una prima en el instrumento constitutivo que compense esa depreciación²⁴².

VIII.-LA PRIMA DE EMISIÓN Y LA CAPITALIZACIÓN DEL SALDO DE AJUSTE DE CAPITAL

La inflación también genera una asimetría entre los aportes de capital efectuados en distintos momentos, bajo monedas de distinto poder adquisitivo.

Adquiere aquí relevancia la función de la prima de emisión como equiparadora del valor de los aportes, cuya obligatoriedad está hoy avalada por la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, así como la reglamentación de la Inspección General de Justicia²⁴³.

La IGJ requiere que, en forma previa o simultánea a la inscripción del aumento de capital por suscripción, se capitalice el saldo de la cuenta de ajuste de capital, lo cual tiende a proteger la integridad de las participaciones sociales previas reconociéndolas a su valor ajustado.

IX.-DESACTUALIZACIÓN DE PARÁMETROS LEGALES

La ley 19.550 contiene dos pautas vinculadas la cifra nominal del capital social: el capital mínimo de las sociedades anónimas y el importe del inc. 2º del art. 299 para someter a ciertas sociedades a fiscalización estatal permanentes y recaudos adicionales de publicidad. La inflación también ha generado una notoria depreciación de esas pautas. El capital mínimo para las sociedades anónimas que requiere el art. 186 de la LGS fue fijado en \$ 100.000 por el Decreto N° 1331/2012 publicado en el B.O. el 7 de agosto de 2012. En ese momento, ese importe equivalía a más de U\$D 17.700, hoy son menos de U\$D 200. Si contamos que el capital puede integrarse en un 25% a la constitución, que más que en evidencia que estamos hoy ante una cifra irrisorio.

El mismo análisis cabe para el importe del art. 299 inc. 2º, fijado en \$ 50.000.000 por la Resolución N° 529/2018 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicada en el B.O. 13 de julio de 2018. En ese momento eran U\$D 1.743.375, a julio de 2023 son unos U\$D 90.900 que es un importe nada significativo como para justificar que una sociedad merece ser

²⁴² Ver CARLINO, Bernardo, *"Inflación y aporte diferido de capital"*, ponencia a la XI Jornada Nacional de Derecho Contable, Jujuy 17 y 18 de agosto de 2023, publicada en www.iadeco.org.ar

²⁴³ RICHARD, Efraín, Hugo, *"Derechos patrimoniales de los accionistas en las sociedades anónimas"*, p. 174 y ss. Ed. Lerner, 1970, GARCIA CUERVA, Héctor M., *"Prima de emisión ¿derecho u obligación?"*, LL 1995-E-8.

objeto de fiscalización estatal permanente. Si es que la fiscalización por la cuantía de capital tiene algún sentido, entendemos que debería tener un parámetro de significación.

X.-LOS DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES E INTERÉS SOCIAL

Contextos de crisis e incertidumbre como el actual nos llevan a reflexionar sobre el alcance y contenido de los deberes de los administradores que, por regla, están orientados al resguardo del interés social.

Según la concepción contractualista a la que adhiere mayoritariamente nuestra doctrina el interés social se identifica con la causa fin del contrato de sociedad, entendida como el ánimo de lucro perseguido a través de la actividad de producción o intercambio de bienes y servicios, y la participación de todos los accionistas en los beneficios. En definitiva, el fin de la sociedad es perseguir ganancias para los accionistas. Sería contraria al interés social toda actividad que se aparte de ese fin y, también lo sería, toda decisión que excluya a los accionistas de participar en las ganancias si no redundan en beneficio de todos.

Sin embargo, esta concepción contractualista del interés social, identificada también con el principio de supremacía del accionista del derecho norteamericano, se encuentra hoy en tela de juicio, porque se admite que en la gestión del negocio social pueden contemplarse otros objetivos como el mantenimiento del valor de la inversión, el desarrollo del negocio en el largo plazo u otros intereses, como los de los trabajadores, la comunidad y los demás stakeholders²⁴⁴ conformando un sub-modelo societario “*humanista*” que surge como respuesta -dentro del sistema- a las inequidades del modelo neoliberal²⁴⁵. Entendemos que en el actual contexto, adquiere mayor importancia esta revisión del concepto de interés social.

²⁴⁴ RECIO, Juan I., “*Ganancias y pérdidas en las sociedades anónimas*”, ed. Errepar, Bs. As., 2023, pág. 184 y ss.; SOUT, Lynn A., “*Why we should stop teaching Dodge v. Ford*”, *Virginia Law & Business Review*, Vol. 3, Spring 2008, Nº 1, págs. 163/176.

²⁴⁵ FAVIER DUBOIS, Eduardo M., “*El Derecho Societario frente a la Postmodernidad*”, citado.

SOBRE LA CAUSA DEL ACTO CONSTITUTIVO SOCIAL, LOS BENEFICIOS Y LOS DIVIDENDOS

REGGIARDO, Roberto Sergio

Sumario:

- La causa fin del acto constitutivo social está dada por la participación en los beneficios y el soportar las pérdidas de la Sociedad.
- Debe entenderse por “beneficio” cualquier ventaja patrimonial que puedan recibir los socios, aunque sea potencial y futura, no necesariamente de la misma naturaleza, entre unos y otros.
- Debe interpretarse el art. 13 inc. 1 de la LGS, en el sentido de que lo que se prohíbe, es que el socio no pueda recibir ningún tipo de beneficios, por parte de la Sociedad, no estando prohibida la cláusula por la que se renuncia temporaria o definitivamente al dividendo, siempre que se acredite que puede recibir otros beneficios.

Ponencia.

La causa:

Según la doctrina clásica que inspira a nuestra legislación, el acto jurídico tiene, entre sus elementos necesarios, a la causa, entendida como causa – fin (arts. 500 a 502 del C. Civil derogado en 2.015.), esto es como la razón directa e inmediata del acto, su motivación²⁴⁶.

El ordenamiento vigente la define en su art. 281: “*La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido*”

²⁴⁶ BORDA, G.; “Tratado de Derecho Civil”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1.980, 7ma. ed. act.; T II, p. 92 y stes.

incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes.”

La causa en el acto generador de la Sociedad:

Respecto al acto fundacional de la Sociedad, en la redacción del C de Comercio la causa era “partir el lucro que pueda resultar”. Para la Sociedad Civil, el Código disponía (art. 1.648) *“Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieran de lo que cada uno hubiere aportado”*.

A tenor de la definición del art. 1 LGS, es la aplicación de los aportes a la producción o intercambio de bienes o servicios, **participando de los beneficios y soportando las pérdidas.**

Repasemos la visión de la doctrina nacional:

Para RICHARD – MUIÑO es la participación en ganancias y pérdidas mediante una nueva persona jurídica (organización), y su desvío sancionable conforme al art. 13 1- LGS, para luego distinguir entre causa inmediata (cumplimiento del objeto social) y la mediata (fin lucrativo)²⁴⁷. En otro trabajo, el Maestro de Córdoba subraya, refiriendo a la sociedad en sentido estricto, el propósito de crear la nueva persona, como finalidad común de los fundadores²⁴⁸

KULMAN dice que la finalidad común es la expectativa de ventaja por la actividad y la participación en las pérdidas, elemento diferenciador con otras formas asociativas²⁴⁹.

Tomás ARAYA dice que la “finalidad económica común” es la nota más característica del contrato de Sociedad, la “comunidad de riesgo”, y luego de expresar que la causa fin es la participación en los beneficios y soporte común de las pérdidas, dice *“En nuestro derecho, será necesario no solo que se deriven beneficios de la actividad, sino que dichos beneficios sean objeto de participación (goce, en sentido amplio) entre todos los socios”*.²⁵⁰

Precisando la idea de “beneficios”.

Entiendo que es necesario precisar a qué “beneficios” se refiere la definición legal, si se limita a la distribución del resultado ganancia de la sociedad (criterio

²⁴⁷ RICHARD, E. – MUIÑO, O.; “Derecho Societario”, Astrea, Bs. As., 1.998, 1era. Reimp.; p. 133 y stes..

²⁴⁸ RICHARD, E., “Concepto moderno de sociedad”, Ponencia en “V Congreso Argentino de Derecho Societario, I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, (Huerta Grande, Córdoba, 1992)

²⁴⁹ KULMAN, D.; “La causa en el contrato de sociedad comercial”; RSC 2010-1-3.

²⁵⁰ ARAYA, T.; “Sobre el concepto de sociedad y sus elementos esenciales”: LL, 12/10/21.

restrictivo), o implica cualquier ventaja patrimonial que obtenga el socio por la calidad de tal (criterio amplio)

La necesidad de definición obedece a que si algún socio, algunos o todos los socios “renuncian” a los dividendos a cambio de otra ventaja, con el criterio restrictivo, debería “enviarse” a la Sociedad al régimen de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, conforme art. 21, en tanto omitiría un requisito esencial. *La inexistencia o diversidad de causa lo vuelve un negocio viciado (causa falsa relativa)*²⁵¹, o, cuanto menos, plantear la posibilidad de desestimar la personalidad jurídica, por perseguirse fines extra societarios, o, peor aún, correr a riesgo de considerar que en el caso, no hay sociedad²⁵².

GAGLIARDO expone que ha habido y hay una evolución respecto a la causa como finalidad del acto jurídico que corresponde al negocio societario, en el sentido de ampliarse hacia intereses que exceden lo meramente lucrativo, prevaleciendo la visión contractualista por sobre la institucionalista, ganando terreno el derecho societario como derecho de la organización, al margen de su finalidad²⁵³.

Frente al conflicto que se podría plantear con una cláusula semejante, imaginando, por ejemplo a un socio que reclame dividendos “renunciados” en el Estatuto, invocando la indisponibilidad del tema a partir de lo dispuesto en el art. 13 -1 LGS, el recurso al examen de la causa del negocio jurídico en el caso concreto podría iluminar la solución²⁵⁴.

Importante doctrina parece inclinarse por la postura restrictiva:

VERÓN, dice que la causa “...*reposa en el ejercicio en común de una actividad económica para distribuir los resultados.*”²⁵⁵. BALONAS vincula la obtención de utilidades con el interés social y la participación del socio en ellas con la finalidad del contrato²⁵⁶.

Otra doctrina mantiene la posición “amplia”.

Comenzaremos con el propio HALPERÍN, quien refiriéndose a los “Beneficios”, manifiesta, con cita de Vivante: “*comprenden toda ventaja patrimonial de origen social que aumenta la fortuna particular de los socios o les disminuye las cargas*”; y agrega “*no sólo utilidad con el alcance de una ganancia traducida en un incremento patrimonial, sino cualquier ventaja apreciable económicamente (reducción de gastos*

²⁵¹ KULMAN, “La causa en el contrato de sociedad comercial”; RSC 2010-1-9.

²⁵² MOLINA SANDOVAL, C.; “Deconstrucción del concepto de sociedad”; LL, 01/03/23.

²⁵³ GAGLIARDO, M., “Causa lucrativa en el esquema asociativo”; “Temas de Derecho Comercial, empresarial y del consumidor”; octubre 2.021.

²⁵⁴ RICCIUTO M. – RICCIUTO, E.; “Breves consideraciones acerca de la incidencia de la causa fin como elemento del contrato de sociedad”; RSC 2010-5-114.

²⁵⁵ VERÓN, A., “Sociedades Comerciales”, Astrea; Bs. As.; 2.007, 2da. Ed., T I, p. 28.

²⁵⁶ BALONAS, Daniel; “Derecho al dividendo”, RSC 2011-2-33.

por investigación en común, por disminución de costos en el proceso de comercialización, etc.)”²⁵⁷

VANASCO afirma: “...podríamos decir que la repartición de ese lucro constituye una causa esencial del negocio que han emprendido y que es la que le da sentido y proyección a la unión celebrada. Estos objetivos son típicos y característicos de toda relación societaria y, por lo tanto, una situación en que los partícipes no tienen como causa y fin la de lograr una ganancia para repartirla, no constituye una sociedad, sino un agrupamiento diferente que, por ende, quedará regido por otras disposiciones.”,²⁵⁸ pero aclara que la participación en los beneficios no implica necesariamente lucro repartible, porque pueden perseguirse otros propósitos de resultado, como los de una investigación, las ganancias que incrementen el patrimonio social, o que reduzcan los costos o mejoren los rendimientos de los partícipes, etc.²⁵⁹

Sostiene MOLINA SANDOVAL: “La idea misma de “beneficio” no necesariamente se debe identificar con una noción estricta de lucro (aun cuando indirectamente pueda tender a ello), sino que debe albergar una idea más amplia que permita la inclusión conceptual de las llamadas asociaciones bajo forma de sociedad (art. 3, LGS). Se incluye no solo las ventajas patrimoniales, sino cualquiera que sea susceptible de apreciación pecuniaria y derive del giro societario...El ánimo de lucro tampoco es un elemento esencial del concepto de sociedad. Se ha suprimido el lucro como concepto estructural, el que se sustituyó por un criterio más amplio como la promoción colectiva de un fin común. Y por ello, se ha llegado a decir que “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”. Incluso se ha ratificado la “progresiva pérdida de significado del “ánimo de lucro” o del “fin de lucro” a la hora de integrar, en la actualidad, el concepto de sociedad mercantil, para el que resultaba, aparentemente esencial”. En nuestro derecho se ha dicho que, desde un punto de vista teórico, la no inclusión de un fin lucrativo o económico como el fin u objeto de la sociedad genera complicaciones para diferenciar entre sociedad y asociación e incluso para distinguir cuál es el género y cuál la especie; y que esta última discusión puede considerarse superada en nuestro derecho, al aceptar como género a los contratos asociativos y como especies los distintos contratos de organización “personificantes (sociedad, asociación) o no “personificantes”, innominados (joint ventures) o nominados (negocio en participación, UT, AC, consorcio de cooperación).

²⁵⁷ HALPERÍN, I. – BUTTY, E., “Curso de derecho comercial”, Depalma, Bs. As., 2.000, 4ta. ed., Vol. 1, p. 313..

²⁵⁸ VANASCO, C.; “Manual de Sociedades Comerciales”, Astrea, Bs. As., 2001, p. 32.

²⁵⁹ VANASCO, C.; “Manual de Sociedades Comerciales”, Astrea, Bs. As., 2001, p. 21.

*En consecuencia, “respecto a las diferencias entre asociación y sociedad, y más allá de la amplitud del concepto de sociedad y lo que prevé el art. 3, LGS, en la asociación deberá siempre primar un fin desinteresado (en sentido no lucrativo), no utilitario, tendiente al bien común. Los eventuales “beneficios” que genere la actividad de la asociación nunca podrán distribuirse a los socios, como en la sociedad. Inclusive en caso de que se constituya como una sociedad, la asociación no modificará su sustancia y por ende podrá incorporar cláusulas que normalmente no serían admisibles en un estatuto de sociedad”*²⁶⁰

BOTTERI y COSTE, describiendo el régimen de la LSC inspirado en Halperín, dicen: “La noción de beneficios, es más amplia que la de utilidades o de lucros determinados, comprendiendo por ejemplo, la investigación.”, pero agregan: “Es una nota esencial de las sociedades, tener por finalidad la distribución de beneficios entre los socios, sean positivos (ganancias) como negativos (pérdidas)”²⁶¹

ROMANO, luego de decir que, como regla general, los beneficios consisten en el reparto periódico de dividendos, manifiesta *que existen supuestos de ésta y no por ello dejamos de tener socios y sociedad*, dando como ejemplos la del inversor que especula con el mayor precio que obtiene por sus acciones en el mercado de valores, las asociaciones civiles con forma societaria, etc.²⁶²

Se suma ARECHA: “La causa fin, en el contrato de sociedad, ha mudado, de ser: el reparto y distribución de utilidades entre los socios – y soportar las pérdidas- a ser: la organización o estructural especial para producir beneficios, en sentido amplio – e incluso, se observa la tendencia a que tales beneficios, no sean exclusivamente para los socios ... se observa que en, en nuestro derecho, se ha evolucionado, en esta materia de una causa fin, con contenido delimitado –a cosas partibles - a otro concepto más amplio y comprensivo de diversas ventajas, conveniencias, utilidades y ganancias para distribuir, y claro esta siempre con la obligación sujeta a condición de soportar las pérdidas.”²⁶³

En el Proyecto de reformas de la LGS de 2.019 se dispone:

Artículo 1. Concepto. “Hay sociedad si una o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en la ley, o regidas por la Sección IV

²⁶⁰ MOLINA SANDOVAL, C.; “Deconstrucción del concepto de sociedad”; LL, 01/03/23.

²⁶¹ BOTTERI, J. - COSTE, D.; “El nuevo concepto de sociedad en las reformas de la ley 26.994”; ponencia en “XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Mendoza, 2016)

²⁶² ROMANO, A.; “Código de Comercio comentado y anotado”, Adolfo ROUILLÓN dir. – Daniel ALONSO coord.; La Ley; Bs. As.; 2.006; T III, p. 6.

²⁶³ ARECHA, Martín; “La causa fin en las sociedades, su evolución y tendencia”; XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 53.

de este Capítulo, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, **corriendo un riesgo común y participando de los beneficios y soportando las pérdidas**. Si el tipo social prevé dos clases distintas de socios, estos deben ser dos (2) o más.

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

El art. 13.1. permanecía igual.

Nuestra opinión:

En nuestra opinión, coincidiendo con NISSEN²⁶⁴, no debe identificarse participación en los beneficios con la finalidad lucrativa de distribución de ganancias, pues los socios pueden perseguir un beneficio que no sea la obtención de dividendos.

Hay que diferenciar pues los conceptos de “beneficios” (art. 1 y 13), que es el género, y de “dividendo” (art. 68), que es la especie, conformada por el derecho a la participación en la ganancia o utilidades generadas por la Sociedad²⁶⁵.

El fin societario, que deberá precisarse en el objeto social, dirá en cada caso, si la causa comprende o no la obtención de ganancias para distribuir entre los socios.

Si el beneficio esperado no es la distribución de dividendos, la renuncia anticipada a estos no implica incurrir en el supuesto del art. 13 inc. 1 LGS.

En las sociedades cerradas, no debe haber posibilidad de cuestionamiento a que algún socio o algunos socios, o todos, renuncien a percibir dividendos, por un plazo o definitivamente, si ello les genera algún beneficio de orden patrimonial, verificable conforme al objeto social. No hay, por cierto, perjuicio a terceros, mucho menos al interés general, en esta formulación.

Aun sin tratarse de una asociación, bajo formato de sociedad, según art. 3 LGS²⁶⁶, es factible que a alguno, algunos o a todos los socios, le interesen beneficios que no son las eventuales ganancias sociales.

Esta idea es parte del criterio general de incrementar el respeto por el ejercicio de la autonomía de la voluntad en las sociedades cerradas²⁶⁷

²⁶⁴ NISSEN, R.; “Ley de Sociedades Comerciales”, Ábaco, Bs. As., 1.993; 2da. Ed.; T I, p. 47 y stes.

²⁶⁵ BARRAU, M.; “Análisis sobre la distribución de utilidades”; DSC; Errepar, nº 415, Junio 2.022.

²⁶⁶ RAGAZZI, G.; “La asociación bajo forma de sociedad en la ley 19.550 y su actualidad”; LL, 26/10/22.

²⁶⁷ DUPRAT, D.; “El principio de la autonomía de la libertad en la regulación de las sociedades erradas.

La necesidad de cambiar el paradigma actual”; ponencia en “XII Congreso Argentino de Derecho Societario - VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa” (Buenos Aires, 2013).

VÍTOLO, D.; “Un largo viaje desde la planificación y la imperatividad hacia la libertad y la flexibilidad”; LL 26/10/22. ALONSO, D.; “Libertades económicas constitucional y convencionalmente protegidas,

Con ese sentido deben interpretarse la norma del art. 13 inc. 1 LGS. Debe surgir del mismo acto constitutivo cual es el beneficio que real o potencialmente puede recibir cada socio, que no sea el pago de dividendos, y su correlación con el objeto social. A partir de su examen se apreciará si no se ha violentado el equilibrio que persigue dicha norma²⁶⁸.

Además, con ello se daría plena vigencia a la libertad para fijar en el acto constitutivo las reglas para distribuir utilidades del art. 11 inc. 7 LGS²⁶⁹.

No creo que sea necesario modificar el texto del art. 13²⁷⁰, para que resulte incuestionable que algún socio, algunos o todos, resignen su participación en las utilidades, si, de alguna manera reciben otro/s beneficio/s por su calidad de tales.

Como conclusión: **Debe interpretarse el art. 13 inc. 1 de la LGS, en el sentido de que lo que se prohíbe, es que el socio no pueda recibir ningún tipo de beneficios, por parte de la Sociedad. De ningún modo, dicha norma impone que todos los socios deben participar de las ganancias de las Sociedad.**

autonomía de la voluntad y libertad de elegir la forma del emprendimiento”; ponencia en “XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 45. BARREIRO, M.; “El nuevo paradigma societario y su influencia sobre el viejo”; ponencia en XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 57. MARCILI, M.; “Nuevo concepto de sociedad. Autonomía de la voluntad y del derecho societario”; ponencia en XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 297. ROSITTO, E.; “Algunas consideraciones sobre la causa del contrato de sociedad”, ponencia en XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 331

²⁶⁸ CALCATERRA, G.; “Alcance y sentido de las normas imperativas de la ley 19.550”, LL, 26/10/22.

²⁶⁹ BENGOCHEA, V. - DAMIANO, K. - TOMKINSON, L.; “Autodeterminación de los criterios para la distribución de utilidades”; ponencia en “XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 73.

²⁷⁰ HADAD, L.; “La disponibilidad de la comunidad de riesgo en el derecho de sociedades”; XV Congreso Argentino de Derecho Societario – XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”; (Córdoba, 2022) T I, p. 275.

LAS NORMAS DE LAS SOCIEDADES EN FORMACIÓN EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA SOCIETARIO ARGENTINO

RICHARD, Soledad²⁷¹ y RODRÍGUEZ, Pablo Javier²⁷²

Sumario: Reflexionar sobre la eficiencia de las normas de la sociedad en formación en el contexto normativo actual, que pone en valor aspectos vinculados a la capacidad de la sociedad como también la responsabilidad asumida por los socios frente a las deudas sociales.

En esta presentación se propone despertar una mirada crítica sobre las normas referidas a la sociedad en formación en la Ley General de Sociedades.

La parte general de Persona Jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación, y la sustitución de las normas de la LGS, en especial el contenido de la Sección IV, Capítulo I de la Ley General de Sociedades a partir de la sanción de la Ley 26.944, dio un cambio de perspectiva en la consideración de la

²⁷¹ Profesora Derecho Privado IV, Sociedades y Relaciones de Organización (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba – UNC); Magíster en Derecho de Empresa (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España); Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC); Abogada y Notaria (UNC), Escribana Titular de Registro; Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

²⁷² Profesor Derecho Privado V, Sociedades (Facultad de Derecho, Universidad Católica de Córdoba – UCC); Abogado (UCC); Notario (UCC); Magíster en Derecho de Empresa (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España); Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba); Director del Instituto de Derecho Comercial y de la Empresa (Facultad de Derecho – UCC); Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

sociedad en su esencia, con múltiples proyecciones. Una de ellas supone la reconsideración de la eficiencia de las normas de la sociedad en formación.

En esta línea, la Sociedad de la Sección IV²⁷³ nos permite poner valor los principios del derecho societario²⁷⁴ que atraviesan todo concepto jurídico societario y permite una nueva mirada sobre ellos, como en el caso que nos ocupa.

La sociedad de la Sección IV, como persona jurídica desprovista de toda forma, o mejor, cuya forma –valga la redundancia que le da énfasis- es la multiplicidad de sus representaciones sin que esta versatilidad afecte su carácter esencial nos llevan a reconsiderar principios que se consolidan: como la personalidad y consiguiente capacidad plena desde su constitución, la separación patrimonial, la responsabilidad subsidiaria de los socios frente a las deudas sociales, la inscripción no constitutiva, su oponibilidad desde el momento en que comienza su existencia como sociedad-persona jurídica, entre otros. Otros principios, como el de la tipicidad societaria de segundo grado, se relativizan.²⁷⁵

²⁷³ Las denominamos como Sociedad de la Sección IV o Sociedad Simple, con rasgos propios dentro del derecho societario argentino, como una sociedad general con diferencias que la alejan de la Società Semplice del derecho italiano. El nombre que se le otorgue a esta forma jurídica excede la presente comunicación.

²⁷⁴ Algunos principios se consolidan otros se relativizan. Se invita a la interpretación armónica de los artículos 142, 143 y 150 del CCCN 23, 24, 26, 38.3 y 56 de la LGS.

²⁷⁵ La sociedad de la sección IV funciona en sus efectos como un nuevo tipo social, abriendo la puerta a pensar en la relativización del principio de tipicidad societaria de segundo grado, tema que excede el objetivo de esta presentación pero que se invita a reflexionar. Así se sostiene desde el año 2012 cfr.: RICHARD, SOLEDAD. DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL. “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma”. Pág. 621-630. Abril/julio de 2012 Editorial ERREPAR. ISBN Nº 978-987-01-1321-8. / RICHARD, SOLEDAD. DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL. SUPLEMENTO ESPECIAL. “El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma” Pág. 71 - 80. Septiembre de 2012. Editorial ERREPAR. ISBN Nº 978-987-01-1321-8. / RICHARD, SOLEDAD. Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial. Aspectos relevantes y análisis doctrinario. “El Régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma”. pag. 163-177. Octubre de 2012. Editorial ERREPAR. ISBN Nº 978-987-01-1439-0.

La sociedad comienza su existencia con su constitución, con una personalidad capacidad plena (artículo 142, 148.a) independientemente de toda inscripción: analizando las sociedades no inscritas en la LGS, las sociedades de la Sección IV representan a la sociedad en toda su esencia, desprovista de toda forma, con plena personalidad y también a la sociedad en formación, como aquella que inició su trámite de inscripción y todavía no terminó su trámite.²⁷⁶

Esto dota a la sociedad de la Sección IV y su contenido, de un gran significado en el sistema societario, repensando principios y observando que ahora lo que importa es la sociedad en su naturaleza, en su esencia.

La inscripción resulta importante para su oponibilidad respecto de todos y cualquier tercero, al sólo efecto declarativo.

Analizamos cuestiones comunes a ambas figuras, como lo es la responsabilidad y la capacidad para adquirir bienes registrables e indagar si amerita un tratamiento jurídico diferenciado.

La responsabilidad que corresponde atribuir a los socios frente a las deudas de la Sociedad de la Sección IV, interpretadas en correspondencia con los artículos 142, 143 y 150 CCCN, y por otra parte con los artículos 24 y 56 LGS- es subsidiaria, ilimitada y mancomunada por partes iguales, salvo cuando se establezca que sea en una distinta proporción, o la solidaridad con la sociedad (único supuesto en la sociedad donde existe la eventualidad de una responsabilidad directa²⁷⁷, o entre socios, cuando esto surja del propio contrato social, o de una estipulación de una relación que se genere en relación a

Sobre este y otros conceptos referidos a la sociedad de la Sección IV remitimos a las producciones referenciadas.

²⁷⁶ Esta presentación también nos lleva a reconsiderar las normas referidas a la “regularidad” societaria, tema que excede el contenido del presente, pero se propone para un próximo estudio a abordar.

²⁷⁷ 827 CCCN.

terceros, o en relación a las reglas del tipo (clásico o convencional) que se quiso seguir y que no se llegó a inscribir.

Los artículos 183 y 184 LGS refieren a la responsabilidad asumida por fundadores, promotores y directores de las sociedades anónimas en formación -y consideradas por la doctrina como aplicables para socios y administradores de todos los tipos sociales- con sus tres categorías de actos (actos relativos a su inscripción, actos expresamente autorizados y una categoría residual en relación a las dos anteriores) y la responsabilidad que cabe atribuir en función de si dichos actos fueron realizados con anterioridad (183 LGS) -que será siempre más pesada que la responsabilidad del artículo 24 LGS- o con posterioridad (184 LGS) a la inscripción²⁷⁸ de la sociedad -en la categoría residual la responsabilidad también es más gravosa, aún con luego del registro- normas a las que remitimos.

Cabe interrogarnos el motivo por el cual se quiera “castigar” a quienes optan por inscribir la sociedad, y si actualmente resiste esa indagación.

Se observa que la responsabilidad señalada en las normas para la etapa administrativa tendiente a la inscripción es más pesada que la de la sociedad de la Sección IV, evidenciándose una incoherencia con los principios vinculados al comienzo de la existencia de la sociedad y su personalidad con todos sus atributos.

Cabe reflexionar sobre la conveniencia de considerar este período transitorio tendiente a su registro como una etapa que amerite ser regulado por una norma rígida o corresponde la aplicación de las normas de la sección IV, y en lo que aquí concierne, las del tipo “convencional” que se tuvo en miras, sin perjuicio de las que corresponda en cualquier situación frente a la responsabilidad por daño.

²⁷⁸ La norma refiere a la “constitución” de la sociedad, lo que podría generar mayor confusión.

Del mismo modo, el artículo 38 última parte LGS (inscripción preventiva)²⁷⁹ se enfrenta con el artículo 23 segunda parte LGS (bienes registrables).

La Sociedad de la Sección IV y la sociedad en formación tienen en común que refieren a sociedades no inscriptas, ambas personas jurídicas con plena capacidad, sin perjuicio de que actualmente tienen un tratamiento jurídico distinto, claramente más duro para las sociedades en formación, que evidencian que las normas de esta última han quedado obsoletas y, a mayor abundamiento, podrían generar debates innecesarios sobre principios societarios consolidados.

Los artículos 142 y 143 del CCCN y el contenido de la Sección IV de la LGS nos llevan a considerar que las normas referidas a la sociedad en formación se han tornado obsoletas, por lo que se propone su derogación.

Simplificar las normas genera fluidez en su interpretación cuando la dinámica del tráfico jurídico y económico va mucho más rápido que las modificaciones que se generan en el derecho societario, optimizando los resultados mediante una eficiente asignación de los recursos disponibles.

Propongo la derogación²⁸⁰ para generar una mayor claridad conceptual y evitar conflictos doctrinarios innecesarios que a largo plazo devienen neutros –

²⁷⁹ En su momento generó suficiente debate en referencia al carácter preventivo (que se entendía como “provisorio”) de su inscripción. Así las cosas se promovieron debates bastante confusos si se analizan actualmente, considerando que como acto traslativo era definitivo, no obstante su inscripción, o su asiento registral era provisorio, lo que entiendo generaría confusión tanto como lo provoca ahora a la luz de principios de derecho societario clásicos como lo es la personalidad plena de la sociedad.

²⁸⁰ El Proyecto de Reformas de la LGS del año 2019, que fue otra excelente oportunidad para el estudio de las normas societarias pero que finalmente no trascendió legislativamente, trasladaba la regulación de la sociedad en formación (período fundacional) a parte general (artículo 7 del Proyecto 2019), con una redacción que no aporta valor: mantenía las tres categorías de actos y si bien refería al período

por su obsolescencia- y que no hacen más que poner en juego principios que se han consolidado y resultan estructurales a toda figura societaria personificada: como lo son los de la personalidad plena desde la constitución, plena capacidad, autonomía patrimonial, oponibilidad directa, tipicidad de segundo grado se relativiza, inscripción opcional y al sólo efecto declarativo –no constitutivo-, contrato plenamente oponible entre partes desde su celebración, oponibilidad directa, entre otros.

Es eficiente un sistema societario ligero de equipaje, sostenido por principios consolidados y quitando un tratamiento jurídico anticuado cuya permanencia en el tiempo sólo generaría a futuro un debate doctrinario innecesario que debe ser superado.

En caso contrario, resulta pertinente reflexionar sobre cuáles son los beneficios que traería la subsistencia de la regulación de la sociedad en formación y cómo interpretar armónicamente las normas previstas para todas las sociedades no inscriptas.

fundacional como “secuencia de actos tendientes a la inscripción de la sociedad” insistía con los actos necesarios para “su constitución” y la responsabilidad de administradores y fundadores “junto con” la sociedad “en formación”, si bien luego remitía al artículo 24 del Proyecto, de igual contenido al actual. Quienes hubieran realizado actos de la categoría residual, como sus administradores y fundadores que lo hubieran consentido, tampoco se liberaban de responsabilidad frente a terceros aunque la sociedad se inscribiera en el Registro Público. No se profundiza sobre el particular con motivo de que ya no tiene proyección legislativa, sin perjuicio de las propuestas de futura legislación que se realizan en esta presentación.

ILICITUD DE LAS GRABACIONES Y DE LOS REGISTROS VISUALES SUBREPTICIOS (EN SALVAGUARDA DE LA BUENA FE NEGOCIAL)

ROMANO, Alberto Antonio

Sumario:

1. La buena fe es un principio general de nuestro derecho privado
2. El artículo 53 del Código Civil y Comercial prevé que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, salvo en los casos taxativamente previstos en dicha norma.
3. Tal consentimiento no se presume y, más aún, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (artículo 55 del CCyC).
4. Las grabaciones y los registros visuales subrepticios son prueba ilícita, ya que se adquieren de manera ilegal.
5. El juez debe rechazar in limine tales medios probatorios.
6. La buena fe, la lealtad, son pilares imprescindibles del proceso judicial y arbitral.

I- La buena fe negocial.

Si en una asamblea, en una reunión informal de socios, en una reunión entre los administradores de la sociedad, en una reunión de negocios cualquiera sea el rol que se tiene en ella, uno de los participantes graba o efectúa un registro visual sin hacerlo saber a los restantes, ¿está actuando de buena fe?

¿Qué valor se protege cuando se legalizan tales conductas?

¿Es exigible un comportamiento leal, entre los socios, entre éstos y los administradores, entre los que tienen a su cargo la administración de la sociedad? En los negocios en general ¿aplica la exigencia de un comportamiento leal?

El desarrollo tecnológico ha facilitado tales registros clandestinos, resultando indetectables por los restantes participantes.

Por nuestra parte consideramos que: "...Resulta razonable esperar que una persona que entabla un diálogo comercial con otra, advierta previamente que considera necesario dejar constancia de lo que se vaya a hablar. En las tratativas comerciales, en las reuniones societarias, en los intercambios entre empresas, resulta fundamental la protección de la confianza y la buena fe. Las relaciones entre personas que tienen vínculos económicos requieren un comportamiento de buena fe, lo que implica lealtad, e importa, en este caso, advertir a la otra parte que se lo va a grabar en una conversación relativa a sus negocios..."²⁸¹.

El artículo 1067 del Código Civil y Comercial (en adelante "CCyC"), que lo encontramos en el Capítulo 10, que alude a la interpretación de los contratos en general, regula la protección de la confianza, disponiendo: "... La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente...".

La buena fe es un principio general del derecho.

El artículo 9 del CCyC dice: "Principio de buena fe. Los derechos deben ser ejercidos de buena fe".

Tal dispositivo no fue ubicado en la parte de los contratos sino en el Título Preliminar, Capítulo 3, que refiere al ejercicio de los derechos. Estamos ante un principio general del derecho privado.

Asimismo, respecto la situación que estamos analizando, cabe también tener en cuenta el artículo 319 del CCyC, que refiere a la prueba de los actos jurídicos obrantes en instrumentos particulares: "El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas... los usos y prácticas del tráfico...".

Más aun, si lo que se registra es confidencial, aplica el artículo 318 del CCyC, que en base a lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Nacional dice: "La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial". Adviértase que la protección legal no solo es para las partes involucradas en la grabación o el registro visual, sino que se extiende a los terceros que pueden hacer uso de ellos, quienes necesitan la conformidad de los involucrados al efecto.

No hace a las buenas prácticas comerciales estar grabando, estar haciendo registro visual sin comunicárselo a la parte contra la cual se pretenden utilizar dichos medios probatorios²⁸².

²⁸¹ Del voto en disidencia del juez Lorenzetti, in re Serantes Peña, Diego Manuel c. Alves Peña, Jerónimo Francisco s/ordinario, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 30/09/2021, LALEY AR/JUR/150612/2021

²⁸² Ibidem.

Por supuesto que no estamos refiriéndonos a casos en los que se está investigando la posible comisión de un delito, y las grabaciones o registros visuales se hacen con autorización judicial.

II- Las grabaciones y registros visuales subrepticios. Efectos.

El socio que actúa por sí o por apoderado, la sociedad, el administrador, los asesores de ellos, o persona humana o jurídica con cualquier otro rol, que graban o efectúan un registro, deben hacerlo saber en la asamblea, en la reunión de socios o en la reunión negocial de la que están participando.

Si no se actúa de tal manera, estamos ante una grabación, ante un registro visual, que carece de valor probatorio para las eventuales partes en conflicto, porque la prueba es adquirida de manera ilícita.

¿Por qué quien así actúa está adquiriendo prueba de una forma ilícita?

Además de lo dicho con carácter general en I, cabe tener en cuenta el artículo 53 del CCyC, que dice:

“...Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

- a) que la persona participe en actos públicos;
- b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general...”

Tanto la captación de la voz como la captación de la imagen son derechos personalísimos. Y para tal captación se requiere el consentimiento expreso de la persona involucrada, el cual no se presume y, más aún, es de interpretación restrictiva y libremente revocable (artículo 55 del CCyC)²⁸³.

Cabe también tener en cuenta, lo dispuesto en el 158, inc. a, del CCyC para las asambleas y reuniones no presenciales, que sólo las legaliza si los facultados a participar en ella han prestado su conformidad. Es decir, es necesario el consentimiento de todos ellos para que el acto se realice por medios digitales.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo código, bajo la vigencia del Código Civil y el Código de Comercio, ya se afirmaba que las grabaciones subrepticias, por ser prueba ilícita, deben rechazarse in limine²⁸⁴. O sea, la grabación o registro visual

²⁸³ Ibidem.

²⁸⁴KIELMANOVICH, Jorge L. “La grabación subrepticia de una conversación telefónica como prueba en el proceso civil en La Ley 1984-B, pág. 731 y sigs; ALEGRÍA, Héctor Valor probatorio de los documentos en el derecho argentino” en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 13, pág. 303 y sig., dejando a

subrepticio no debe admitirse como prueba, porque al no contar con la conformidad del afectado se debe considerar que ha sido "...adquirida en forma ilícita (vgr. la confesión obtenida a través de una grabación clandestina o subrepticia) ..."²⁸⁵.

La buena fe, la lealtad, son pilares imprescindibles del proceso judicial y arbitral.

salvo, obviamente, la posibilidad de su utilización en un proceso penal regular, en el que evidentemente al estar en juego el interés público (investigación de un eventual delito penal), con la debida autorización judicial previa; Acosta, Daniel, afirmando "...En cuanto a las grabaciones subrepticias, constituyen un medio de prueba prohibido por la ley, pues se aplica la misma inviolabilidad que la que le corresponde a la correspondencia epistolar y a los papeles privado, por lo que tales probanzas deben rechazarse in limine..." ACOSTA, Daniel en PEYRANO, JORGE W., Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Edit. Juris, Santa Fe 1996, Tomo 1, p. 528.

²⁸⁵ KIELMANOVICH, Jorge L. Teoría de la Prueba y Medios Probatorios, Rubinzal Culzoni, pág. 67

INDISPONIBILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA (SON POCAS LAS NORMAS DE INDISPONIBILIDAD ABSOLUTA)

ROMANO, Alberto Antonio

Sumario:

1. Las normas indisponibles contenidas en el derecho privado en general y en el derecho societario en particular protegen un interés general y no un mero interés privado.

2. La gran mayoría de las normas indisponibles que contiene la LGS son de indisponibilidad relativa y no de indisponibilidad absoluta.

3. Las normas indisponibles en materia societaria están dirigidas a lograr el buen funcionamiento de las sociedades, en pos de la protección de los derechos de los socios y de los terceros.

4. Una reforma a la ley general de sociedades debe contemplar un tipo social con limitación de responsabilidad por las deudas sociales para empresas conformadas por familiares y/o por conocidos o amigos, caracterizadas por una alta dosis personalista y en las que, generalmente, no hay división entre gestión y propiedad.

5. A fin de facilitar el desarrollo tecnológico, de la cultura emprendedora, de las denominadas incubadoras y de las startups, es conveniente contar no sólo con un particular régimen societario, sino también, laboral, fiscal, concursal, estableciéndose los requisitos que deben existir y subsistir para su aplicación. La regulación prevista para las formas tradicionales de organización no contribuye ni a su constitución ni a su posterior desarrollo, por eso hay que concebir un régimen especial al efecto.

I. La autonomía de la voluntad en el derecho privado.

El derecho privado argentino contiene principios generales que se encuentran contenidos en distintas normas del Código Civil y Comercial (en adelante “CCyC”: por ejemplo, los artículos, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 279, 958, 961, 1004 y 1061 a 1068 de dicho cuerpo legal).

Como se sabe, el derecho privado que ha sido revisado hace pocos años atrás al sancionarse el código unificado, con la participación de distintos juristas. Y, En dicho

ámbito, la libertad tiene restricciones. Es decir, nos encontramos con normas que no son disponibles por las partes, con normas que restringen la autonomía de la voluntad.

Veámoslo.

El estatuto de una asociación civil no puede restringir la remoción ni la renuncia de un directivo y, una cláusula en contrario es de ningún valor (artículo 176, segundo párrafo, primera parte, del CCyC). El derecho de renunciar a la condición de asociado de una asociación civil no puede ser limitado (artículo 179 del CCyC).

La renuncia anticipada de las defensas que puedan hacerse valer en juicio no tiene eficacia alguna (artículo 944, última parte, del CCyC).

El contrato de locación de cosa para destino habitacional no se puede celebrar por un plazo mayor a veinte, ni por un plazo mayor a cincuenta años para los otros destinos (artículo 1197, primer párrafo del CCyC).

En el contrato de arbitraje, carece de toda eficacia una cláusula por la cual se renuncia a la impugnación judicial del laudo definitivo que es contrario al ordenamiento jurídico (artículo 1656, último párrafo, última parte, del CCyC).

Un contrato de fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte (artículo 1668 del CCyC). No se puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni eximírsele de responsabilidad ante el actuar culposo o doloso de él o de sus dependientes, ni se lo puede dispensar de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos (artículo 1676 del CCyC).

En caso de condominio sobre una cosa, el condómino no puede renunciar a ejercer la acción de partición por tiempo indeterminado, y la indivisión forzosa temporaria no puede pactarse por un plazo mayor a diez años (artículos 1999 y 2000 del CCyC).

La modificación entre las partes de las normas relativas a la prescripción es de ningún valor (artículo 2533 del CCyC).

Omitimos referencias a derechos más protectores, como, por ejemplo, la normativa que regula los derechos del consumidor o los derechos derivados de las relaciones de familia.

Cuando aludimos a normas indisponibles estamos aludiendo a disposiciones legales que hacen al bienestar general.

¿Es razonable que el derecho privado en general, revisado hace pocos años atrás con motivo de la unificación, contenga normas indisponibles y que el régimen societario no contenga disposiciones de tal tenor?

II. Las normas indisponibles en el régimen societario.

En nuestro régimen legal encontramos normas indisponibles cuya razón de ser no es otra que el buen funcionamiento de las sociedades en resguardo de los derechos

de los socios y de los terceros. Son normas que protegen un interés general y no un mero interés privado²⁸⁶.

La gran mayoría de las normas indisponibles tienen la característica de ser de indisponibilidad relativa. Son pocas las normas de indisponibilidad absoluta.

Nos preguntamos ¿no hay una parte débil en la dinámica societaria? En la práctica, en la mayoría de las sociedades a constituirse o, ante una eventual reforma contractual o estatutaria, cada una de las partes involucradas, ¿cuenta con su abogado de confianza y discute sus derechos en búsqueda de lo que es más conveniente para su inversión? El socio externo, que no integra el grupo de control, ¿no merece protección?

La utilidad de las normas indisponibles, la conveniencia en preservar los derechos inderogables de los socios, más allá de la doctrina y jurisprudencia existente sobre el particular, es confirmada en recientes fallos, que ponen freno a las ilegalidades, a los actos abusivos²⁸⁷.

II.1. Normas de indisponibilidad absoluta

²⁸⁶Confr., entre otros, comentando el artículo 13 de la LGS, ROITMAN, Horacio Ley de Sociedades Comerciales, Edit. La Ley, Tomo I, pág. 269; VITOLLO, Daniel Roque, Sociedades Comerciales, Rubinzal – Culzoni, Tomo I, pág. 277.

²⁸⁷ En tal sentido, se ha dicho:

“...el derecho de información es genéricamente irrenunciable: fue concebido en interés propio del accionista y en el interés de la sociedad...” (CNCom, sala A, in re “Luciuk Mónica Graciela c/ Marquiset S.A. y otros s/ ordinario”, 29 de diciembre de 2020, MJ-JU-M-130373-AR|MJJ130373|MJJ130373);

“...el acuerdo arribado por los socios sin la participación del ente y en clara violación del orden público societario no puede ser convalidado. Para así decidir he de señalar que, el art. 13 de la Ley General de Sociedades aborda y declara la nulidad de aquellos pactos leoninos que se apartan de la causa del contrato (inc. 1° y 4°), violan el principio de intangibilidad del capital (inc. 2° y 3°), o atentan contra la justicia conmutativa (inc. 5°). Se trata de supuestos de nulidad parcial absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, pues se fundan en razones de orden público y no de salvaguardas de un mero interés particular...” (CNCom, sala B, in re Palmeiro Guillermo César c/ Parador Norte S.A. s/ ordinario, 23 de noviembre de 2021, (MJ-JU-M-135824-AR|MJJ135824|MJJ135824);

“...la disposición del art. 261 de la Ley 19.550 es una norma imperativa, cuya finalidad es la protección del interés de los accionistas de las sociedades anónimas, lo cual la hace inderogable por los estatutos e irrenunciable de antemano...” (CNCom, sala F, in re “Sioro S.R.L. c/ Froimovisi Jorge Daniel s/ ordinario, 17 de noviembre de 2020, MJ-JU-M-129802-AR|MJJ129802|MJJ129802);

“...constituye un derecho 'intangible' de todo socio de una SRL el relativo a la oportuna y correcta distribución y percepción de las ganancias, derecho que implica para cada socio la posibilidad de exigir un dividendo calculado sobre las ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo a la ley y, necesariamente, con arreglo a lo establecido en el estatuto o contrato social (arts. 11, inc. 7°, y 68 de la Ley 19.550) ...” (CNCom, sala A, in re DS Vial S.R.L. c/ Centeno Pablo Guillermo Bernardo s/ ordinario, 2 de noviembre de 2021, MJ-JU-M-135334-AR|MJJ135334|MJJ135334).

Los cinco incisos del artículo 13 de la ley general de sociedades (en adelante LGS) son normas indisponibles, irrenunciables por una cláusula estatutaria, pues hacen a la causa fin del contrato de sociedad.

No hay otras formas de organización que las establecidas en la ley. Si la sociedad que se constituye no se adecua a ello tendrá el régimen previsto en la Sección IV del cap. I de la LGS.

Las prohibiciones e incompatibilidades para ser administrador y gerente de cualquier sociedad contenidas en el artículo 264 de la LGS, que no aplican solo para las SA, como las inhabilidades e incompatibilidades para ser síndico (artículo 285 de la LGS) tienen también tal connotación.

Las sociedades de objeto ilícito, de objeto lícito con actividad ilícita y las de objeto prohibido, no pueden apartarse del régimen previsto en los artículos 18, 19 y 20 de la LGS.

No se pueden distribuir dividendos hasta que no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores (artículo 71, primer párrafo, de la LGS).

La normativa actual es terminante sobre la posibilidad de remover sin causa a los administradores, tanto en la SA como en las SRL (artículos 256, tercer párrafo, y 157, último párrafo, respectivamente, de la LGS). Está claro que se trata de un rigor inconveniente para las sociedades familiares, en las que la remoción con causa puede ser un aspecto negocial de interés en el funcionamiento de ellas. Por nuestra parte, hemos coincidido con quienes consideran que, con el régimen vigente, no habría inconvenientes en pactar en una SAS que los administradores sólo puedan ser removidos con causa²⁸⁸.

II.2. Normas de indisponibilidad relativa

²⁸⁸ FAVIER DUBOIS, Eduardo y SPAGNOLO, Lucía “El “ADN” de la empresa familiar y la sociedad por acciones simplificada”, en Revista de las Sociedades y Concursos, Año 20-2019/1, pág. 54.

Existen disposiciones indisponibles²⁸⁹ que no pueden ser dejadas de lado por las partes, pero una vez adquirido el derecho, como consecuencia de ello, el beneficiario puede renunciarlo²⁹⁰.

El derecho a la aprobación e impugnación de los estados contables es irrenunciable conforme lo previsto en el artículo 69 de la LGS. Por ello, no es válida una cláusula estatutaria o contractual, cualquiera sea el tipo social, que deje sin efecto lo allí dispuesto. Pero el socio puede o no ejercer su derecho a impugnar tal documentación.

El derecho de suscribir preferentemente es un derecho inderogable de los socios²⁹¹, que está regulado en detalle para las SA, que también aplica para las SRL (arg. Artículo 160, quinto párrafo de la LGS)²⁹² y, a nuestro juicio, para las SAS. En realidad, por su razón de ser, aplica para todas las sociedades. Entonces, una norma estatutaria no puede derogar dicho derecho, que resguarda el derecho de propiedad de los socios. Además, según las circunstancias, convalidar su derogación a través de una norma estatutaria puede generar por vía indirecta la violación de lo preceptuado por el artículo 13 inc. 5 de la LGS (norma de indisponibilidad absoluta).

La prima, que consideramos obligatoria cuando hay diferencia entre el valor nominal y el valor real²⁹³ de la acción²⁹⁴, tampoco puede ser dejada de lado mediante

²⁸⁹ El alcance de la indisponibilidad, si no está definido por la ley, queda sujeto a la libre interpretación, para lo cual deberá tenerse en cuenta el valor protegido por la norma. En última instancia, "...corresponde al juzgador la realización de la interpretación de cada norma del ordenamiento para establecer la imperatividad de ella. Para esta difícil tarea de interpretación, el juzgador debe tener en cuenta los intereses jurídicamente protegidos por la norma en cada caso particular..." (DOBSON, Juan Ignacio "Interés societario", Astrea, pág. 139).

²⁹⁰ Conf. BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, Tomo I, 13ra. Edición, Actualizado por Guillermo J. Borda, La Ley, pág. 62. Y ejemplifica: "...no puede renunciarse por anticipado a la prescripción o a la acción de nulidad por dolo o violencia. Pero el beneficiario puede no ejercer el derecho que la ley le brinda o renunciar expresamente a él, una vez operada la prescripción o producido el acto doloso o intimidatorio..."

²⁹¹ Como bien se ha dicho: "...El derecho de mantener intangible su participación societaria es otro de los derechos que la ley 19.550 otorga a los integrantes de toda sociedad ..." (NISSEN, Ricardo A, Curso de Derecho Societario, La Ley, Edición 2019, pág. 190).

²⁹² Conf. SANCHEZ HERRERO, Pedro, "Tratado de la sociedad de responsabilidad limitada", Astrea, Tomo 1, pág.245.

²⁹³ El Proyecto de Reformas a la Ley General de Sociedades elevado al Senado de la Nación, por la Comisión integrada por los Dres. Rafael Mariano Manóvil, Guillermo Enrique Ragazzi, Julio César Rivera, Alfredo Lauro Rovira Gabriela S. Calcaterra, y Arturo J. Liendo Arce, aludía al valor real y establecía la obligatoriedad de la prima cuando hay notable diferencia con el valor nominal (artículo 202).

²⁹⁴ CNCom, Sala B, Lurie, Jorge A. c/ Ponieman Hnos SA s/ Sumario, 19 de mayo de 1997; CNCom, Sala C, Akerman Julián c/ Biocoverly S.A. s/ ordinario, 23-feb-2017, MJ-JU-M-103753-AR | MJJ103753 | MJJ103753); CNCom, Sala A, Georgalos, Odiseas v. Georgalos Hnos. S.A., 25 de octubre de 2007, suspendiéndose un aumento de capital sin prima; CNCom, Sala A, Gutiérrez Enedina y otros c/ Neumáticos

una cláusula estatutaria. La prima aplica no solo para la SA, sino también para la SAS, la SRL y los distintos tipos sociales, inclusive para las sociedades de la Sección IV.

Pero, por supuesto que, frente a un aumento de capital, el socio puede renunciar al derecho de suscribir preferentemente, puede no ejercer ese derecho y también puede renunciar a que se emitan acciones o cuotas con prima cuando ésta corresponde²⁹⁵, porque en ese momento aparece la posibilidad de ejercer tales derechos, sólo está comprometido su interés particular, ya no hay razón para que la ley impida lo que el sujeto beneficiado por la norma quiere hacer con su derecho.

Las partes pueden acordar no aplicar el trámite sumario previsto para todos los pleitos societarios (artículo 15 de la LGS); los socios que representan la totalidad del capital social pueden disponer superar las limitaciones previstas en el artículo 261 de la LGS para los honorarios de los administradores; los socios que participan de la asamblea pueden decidir unánimemente dejar de lado la limitación de pasar solo una vez a cuarto intermedio y continuar en un plazo superior a los quince días previstos en el artículo 247, primer párrafo, de la LGS, lo que sabemos ocurre con frecuencia en situaciones de conflicto.

El derecho a votar acumulativamente no puede ser derogado ni restringido por una norma estatutaria (artículo 263 de la LGS), pero el socio puede no ejercerlo. Lo mismo ocurre con el derecho de receso (artículo 245, último párrafo, de la LGS).

El hecho que el derecho de suscribir preferentemente, la obligación de emitir con prima cuando existe la diferencia aludida, las limitaciones a los honorarios de los directores, estén previstos para las SA, no obsta a su aplicación en todos los tipos sociales. Si por donde están ubicadas las normas aludidas concluimos que sólo se aplican a las SA, podríamos caer en la impensable conclusión que las únicas decisiones

Gutiérrez Sociedad Anónima y otros s/ ordinario, 16-oct-2012, MJ-JU-M-76419-AR | MJJ76419 | MJJ76419.

²⁹⁵Téngase en cuenta que el artículo 948 del Código Civil y Comercial dispone que la intención de renunciar no se presume y que la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva. En consecuencia, de dicho dispositivo legal surgen dos principios generales de nuestro ordenamiento privado: a) la renuncia a los derechos no se presume; b) en un caso concreto, ante la duda, no hay renuncia alguna. Por tanto, consideramos que, ante un aumento de capital innecesario o necesario, pero sin prima o con prima insuficiente, el socio solo tiene que votar negativamente o abstenerse, no tiene el deber de dar explicaciones, de fundar su voto negativo o su abstención y, menos aún, tiene el deber de plantear que el aumento debe hacerse con prima o con una prima equitativa. O sea, de ninguna manera puede entenderse que el socio que ha votado negativamente el aumento o se ha abstenido, ha renunciado al derecho de impugnar judicialmente el aumento por no haberse fijado una prima o por haberse establecido una prima inequitativa. Es que, precisamente, el aumento con una prima equitativa cuando ella corresponde hace a la legalidad de la decisión en cuestión (Sobre el particular puede verse ROMANO, Alberto Antonio “Breves reflexiones sobre prima y aumento de capital (Derechos y facultades del socio que no suscribe o, que lo hace parcialmente)”, en Revista de las Sociedades y Concursos, 2023/1, pág. 207 y sigs.

sociales que se pueden impugnar son las adoptadas en sociedades con tal forma de organización, ya que el sistema de impugnación de las mismas, como todos sabemos, está dentro del régimen que regula a las SA.

La regla general es que el derecho al dividendo es la causa fin del contrato de sociedad (arg. artículos 1, 66 incisos 3,4 7, 70 y 261 de la LGS; y artículo 281 del CCyC)²⁹⁶. Pero, claro está que, una cláusula estatutaria puede reglamentar ese derecho, si las partes han constituido una sociedad para desarrollar un emprendimiento con la idea de que la misma tenga un mayor valor con el correr del tiempo, a fin de vender parte del paquete accionario o de las cuotas sociales a un socio estratégico, o vender parte o la totalidad de ello a un tercero. También puede surgir dicha restricción de un acuerdo celebrado entre los socios que representan el cien por ciento del capital social²⁹⁷. Por supuesto, que aún ante la falta de limitación contractual alguna, es válida la decisión de no distribuir dividendos adoptada por los socios que representan el cien por ciento del capital social.

III. ¿Es necesario reformar la LGS? ¿Libertad versus regulación o libertad con regulación?

El régimen previsto en la LGS para la SA no se adapta a la gran mayoría de las empresas que funcionan en nuestro país bajo tal tipo de organización, que fue pensado para una realidad distinta a la que se aplica.

Para arribar a tal conclusión basta preguntarse, ¿para qué sirve la publicación de edictos por la que se convoca a una asamblea en una SA familiar o de amigos o, en la que aparece una y otra característica, que generalmente cuenta con pocos accionistas? O, ¿por qué no permitir la exclusión²⁹⁸, o el retiro en ellas?

²⁹⁶ Obviamente, pueden existir razones para no distribuir dividendos, pero en ese caso deben estar debidamente justificadas, deben realmente existir, a fin de descartar que tal decisión no es ni más ni menos que un ejercicio abusivo de sus derechos por parte de la mayoría (artículo 10 del CCyC).

²⁹⁷ En el caso Pombo, Ernesto J. c/ Mercado de Valores de Buenos Aires, CNCom, Sala B, mayo 19-998.- LA LEY 1999-E, p. 44 y sig. con nota aprobatoria de Mariano Gagliardo titulada Sociedad Anónima y Ánimo de Lucro, se validó una cláusula estatutaria que permitía constituir reservas por un porcentaje no inferior al cincuenta por ciento de las utilidades, teniendo en cuenta que ello estuvo contemplado en acto constitutivo.

²⁹⁸ Una corriente doctrinaria a la cual hemos adherido (ROMANO, Alberto Antonio “Resolución parcial y disolución”, en Código de Comercio Comentado y Anotado” Adolfo A. N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), Bs. As. 2006, La Ley, Tomo III, p. 222) considera que aún con el régimen societario vigente en nuestro país, la exclusión puede aplicarse por vía analógica a las sociedades anónimas cerradas o de familia (ALEGRÍA, Héctor. Repensando temas sobre la exclusión de socios. REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y COMUNITARIO. Sociedades 2003-2, pág. 127, refiriendo que el artículo 193

Con la SAS se introdujo una alternativa de organización más adecuada para sociedades con un alto contenido personalista. Pero, a nuestro juicio, no el régimen previsto para la SAS, sino una interpretación basada en la libertad irrestricta ha conspirado con tomar dicho tipo social como una simplificación de la SA, tan necesaria en los casos mencionados.

Tengamos en cuenta que la SAS ha sido concebida para negocios con particulares características²⁹⁹, que en una primera fase son de alto riesgo. Esos negocios, vinculados al desarrollo tecnológico, a la cultura emprendedora, en los que aparecen las denominadas incubadoras y las startups, deben contar con un régimen particular que facilite su conversión en empresas consolidadas. Como la regulación prevista para las formas tradicionales de organización no contribuyen ni a su constitución ni a su posterior desarrollo, hay que concebir un régimen especial al efecto. En tal dirección, nos encontramos en Italia con la Ley 221 del 17 de diciembre de 2012 y en España con Ley de fomento del ecosistema de las empresas emergentes del 23 diciembre de 2022³⁰⁰. Por supuesto, que tales negocios, algunos pocos convertidos en los llamados

de la L.S.C. prevé la exclusión del accionista por no integración del aporte; ZUNINO, Jorge O. Disolución y Liquidación. Tomo 1. Bs. As. Astrea. 1987. p.82; FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía. La exclusión de socio en la sociedad anónima personalísima por vía de la desestimación del tipo social, en La actuación societaria. Bs. As. Ad Hoc. 2005.p 156 y sigs.

²⁹⁹ Sobre el particular puede verse RAMIREZ, Alejandro H, SAS, Astrea, pág. 15, quien resaltando que la gran protagonista es la llamada economía del conocimiento dice: "...con la sanción de la SAS se buscó crear un tipo societario abierto, sin contrapesos y que al mismo tiempo otorgara responsabilidad limitada a sus socios. Pero, en primer lugar, que los ayudara a organizar un patrimonio con objeto-empresa adecuado a las necesidades de la empresa del siglo XXI. De esta forma, con la SAS se le da un vehículo al emprendedor junto con herramientas de financiamiento, conforme lo exige la realidad actual de los negocios, dado que la Argentina se encuentra muy rezagada en cuanto al apoyo al capital emprendedor en la región..." (pág. 16 y sig.).

³⁰⁰ En parte de su preámbulo, dice la Ley de Fomento del ecosistema de las empresas emergente -28/2022-: "...Las empresas emergentes presentan características específicas que hacen difícil su encaje en el marco normativo tradicional. En primer lugar, el alto riesgo derivado de su alto contenido innovador, la incertidumbre sobre el éxito de su modelo de negocio, que dificulta la financiación en las fases iniciales, al exigir capital para poder madurar y probar sus ideas antes de que la empresa empiece a generar ingresos; en segundo lugar, el potencial de crecimiento exponencial a través de economías de escala, que exige grandes inversiones de capital para permitir su rápida expansión en caso de éxito; en tercer lugar, su dependencia de la captación y retención de trabajadores altamente cualificados y de alta productividad desde las fases iniciales de la empresa, en las que no existe un flujo de ingresos para remunerarlos mediante instrumentos salariales clásicos y, finalmente, la exposición a una fuerte competencia internacional por captar capital y talento extranjero. Todas estas características de las empresas emergentes encajan mal con los marcos normativos tradicionales en el ámbito fiscal, mercantil, civil y laboral. Ello justifica un tratamiento diferenciado respecto a empresas con modelos de negocio convencionales. Por esta razón, la competencia por la atracción de inversión y talento en la nueva economía digital ha llevado a distintos programas de fomento de las startups en los países de nuestro entorno, que suelen incorporar tres elementos

“unicornios”, no sólo requieren de un particular régimen societario, sino también, laboral, fiscal, concursal. Y, ese régimen especial se aplica en una etapa inicial, para luego quedar regulada como cualquier empresa que opera en el tráfico negocial.

En cambio, en nuestro ordenamiento actual, la SAS es un tipo social que puede ser utilizado para realizar cualquier tipo de negocio, incluso para las SA y SRL en funcionamiento. Por ello, no creemos que la Ley 27.349 haya instaurado un régimen en el que la autonomía de la voluntad no tiene límites.

La falta de libertad irrestricta en el derecho societario, ¿impide la realización de negocios en nuestro país?

No pensamos que la libertad irrestricta para la organización³⁰¹ y el funcionamiento de cualquier sociedad genere más ventajas que desventajas.

En tal contexto, no advertimos qué valor se protege al validar una cláusula estatutaria que permita: la renuncia anticipada al derecho de considerar y/o impugnar los estados contables, que una clase de socios reciba todos los beneficios, que se pueda emitir sin prima cuando la misma corresponde por la diferencia existente entre el valor nominal y el valor real de la acción, que se elimine o restrinja la responsabilidad del administrador por incumplimiento de sus deberes³⁰², que se fije un precio para la

principales: (i) beneficios fiscales para los emprendedores, trabajadores e inversores, (ii) reducción de trabas administrativas y facilitación de visados y (iii) flexibilidad en la gestión de la empresa y en la aplicación de los principios mercantiles y concursales... En este marco, es de particular importancia eliminar las brechas de género existentes en este ámbito, ya que nuestro país no podrá alcanzar la competitividad deseada si no se toman las medidas necesarias para incorporar al ecosistema el talento de las mujeres” (ver <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-21739>).

Al tratarse el rol del estado español en el fomento de estas empresas, en el artículo 19.1, ubicado en el título VI, Fomento de Empresas Emergentes, dice: “...1. El sistema estatal de ayudas al emprendimiento basado en innovación está formado por el conjunto de programas gestionados por el Estado que se destinan a fomentar la creación en España de empresas emergentes, a impulsar su expansión internacional, a estimular la inversión nacional y extranjera en este tipo de empresas, la colaboración entre empresas y el incremento de la participación de mujeres y territorios en este fenómeno.”

³⁰¹ Confr. CALCATERRA, Gabriela C. “Alcance y sentido de las normas imperativas de la ley 19.550”, en La Ley, ejemplar del 25 de abril de 2022, pág. 5, quien afirma: “...Es fundamental reconocer que la ausencia o escasez de normas imperativas llevaría a un marco de libertad absoluta y es sabido que la libertad absoluta no es libertad para todos. En esta línea de pensamiento, y siendo realistas, debemos dudar de que las partes que participan de la celebración de un} contrato social comprenden siempre acabadamente que están dando nacimiento a una persona jurídica y los efectos de ese acto. Tampoco es verdad que en esa instancia ejerzan su autonomía negocial plenamente, debidamente informadas y con la posibilidad absoluta de contemplar hacia el futuro la totalidad de las vicisitudes por las que va a transitar una sociedad de la que, posiblemente, dejen de ser miembros mucho antes de que aquella se extinga y donde se juegan intereses que van más allá de los individuales o compartidos por sus fundadores...”

³⁰² Si analizamos la composición de las SA, SRL, y SAS que funcionan en el país, se concluye fácilmente que nos encontramos con empresas en las que los socios controlantes aparecen ocupando

adquisición de la parte de un socio por otro que se aleje notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Cuando en relación al tema se alude al derecho estadounidense, cabe tener presente que él, no sólo es regido por un régimen distinto (el *common law*) sino que también se aplica a un conglomerado social diferente, aplica el principio de libertad de contratación (*the contract clause*)³⁰³. Como consecuencia de ello, la autonomía de la voluntad va más allá del viejo adagio latino de *pacta sunt servanda* y nos encontramos con contratos minuciosos y detallados que requieren una mayor intervención de los abogados. Pero, cabe tener en cuenta que esa libertad tiene como contrapartida un severo régimen represivo.

El tratamiento de los delitos societarios y su sanción en la práctica, con un proceso y una infraestructura acorde, son temas pendientes de nuestro ordenamiento.

Por otro lado, como una de las supuestas bondades de la libertad irrestricta se ha señalado la disminución los costos de transacción. Sin embargo, con cita del economista estadounidense Oliver Williamson, reconocido por sus estudios sobre los costos de transacción, se ha señalado "...a la hora de analizar la eficiencia que generará la producción por los interesados de una regulación a su medida, se deberá tener presente que esta contratación no estará libre de fricciones y que acarreará costos (que, según señaláramos, su reducción será función de la ley societaria). En consecuencia, aunque pudiesen realizar un contrato completo (o perfecto) y salvaguardasen todas aquellas conductas oportunistas y situaciones futuras, los beneficios podrían no compensar los costos de transacción..."³⁰⁴.

Entonces, es conveniente repensar en una ley especial que regule esos emprendimientos que fueron (en teoría) la génesis de la ley 27.349 y, en una reforma a la ley general de sociedades, que contemple un tipo social con limitación de responsabilidad por las deudas sociales para empresas conformadas por familiares y/o por conocidos o amigos, que tienen las consabidas connotaciones que las caracterizan.

directa o indirectamente a través de terceros que responden a ellos, la mayoría de los cargos en el órgano de administración. Ante la existencia de un grupo de control o un control compartido, quien o quienes controlan designan a los integrantes del órgano de administración y, ellos mismos o terceros que suelen comportarse como simples mandatarios de éstos, ocupan dichos cargos (no hay separación entre gestión y propiedad). Una cláusula estatutaria del tenor referido va a ser es fuente generadora de múltiples abusos.

³⁰³ La *contract clause* está prevista en la Sección 10ª del Art. I de la Constitución de los Estados Unidos se consagra. En razón de ella los Estados se encuentran impedidos de aprobar leyes que menoscaben las obligaciones que se derivan de los contratos.

³⁰⁴ MESSINA, Gabriel E. y SANCHEZ HERRERO, Pedro, "Autonomía y eficiencia de la sociedad por acciones simplificada", en La Ley Online, AR/DOC/1158/2018, ver punto III.4.f.

**LOS BALANCES, LA RELACIÓN DE CAMBIO, EL REEMBOLSO Y SU
PAGO ANTE EL RECESO
ROMANO, Alberto Antonio**

Sumario:

1. El artículo 245, quinto párrafo, de la LGS debe aplicarse e interpretarse junto con el artículo 13, inc. 5 de dicho régimen legal. De éste, ubicado en la parte general, surge un principio general que se traduce en exigir que los derechos patrimoniales de los socios se discutan y resuelvan en valores concordantes con la realidad negocial (ante el ejercicio del derecho preferente de compra con que cuenta un socio por la venta de una participación social que otro tiene interés en concretar; o del derecho de compra de la sociedad o de los socios supérstites, respecto los herederos del socio fallecido; al establecer la suma que tiene derecho a percibir el socio excluido; para determinar si corresponde o no emitir con prima y, en su caso, a fin de fijar el valor de ella).
2. Para establecer la relación de cambio o el valor del receso no basta hacer un balance especial para cumplir con lo normado por el artículo 13 inc. 5 de la LGS. Es que si el balance especial o el balance que la sociedad tiene en cuenta al efecto, da como resultado valores que se aportan notablemente del velar real, se incumple con lo previsto en el dispositivo legal aludido.
3. La cifra de patrimonio neto que surge de los estados contables de cierre de ejercicio no es parámetro para determinar un equitativo valor de la relación de cambio, o del reembolso ante el ejercicio del derecho de receso
4. La cuestión se centra en confeccionar un balance para determinar el valor de la participación del socio recedente o para establecer la relación de cambio, que no dé por resultado un notable apartamiento del valor real.
5. La sociedad debe abonar el valor de su participación social al recedente dentro del año de clausura de la asamblea que originó el receso o, dentro de los sesenta (60) días para otras causales, tomando para ello el balance especial aprobado o el balance que la sociedad ha tenido en cuenta para fijar el valor del reembolso. Si no lo hace, el recedente tiene derecho a iniciar el cobro judicial, que será en concepto de pago parcial y a cuenta si el balance no se adecua a lo referido en 1., adicionándose intereses calculados en base a una tasa activa, que no sólo mantenga el valor del crédito, sino que también implique un resarcimiento por la mora.

I. El balance y el receso.

El artículo 245, quinto párrafo, de la ley general de sociedades (en adelante “LGS”) establece que el valor de reembolso del socio que recede se establecerá sobre balance realizado o que deba realizarse en cumplimiento de normas legales o reglamentarias.

En cambio, para una fusión, una escisión, una escisión-fusión, una transformación (imaginamos una SA que se pretende transformar SAS o en SRL) la ley requiere la realización de un balance especial (artículo 83, inc.1º, apartado b), el artículo 88, inciso III, apartado 2) y artículo 77 in. 2) de la LGS).

Pero, tanto en un caso como en el otro, si el balance especial aprobado para establecer la relación de cambio, que también toma en cuenta la sociedad para fijar el valor del reembolso, o el balance del cual parte la sociedad para fijar el valor de la participación social del recedente, se elaboran aplicándose normas contables³⁰⁵ que dan como resultado un valor compañía que se aparta notablemente del valor real, ello es susceptible de ser revisado judicialmente, pues viola el artículo 13 inc. 5 de la LGS³⁰⁶.

De tal precepto legal, ubicado en la parte general de la consabida ley especial, surge un principio general en materia societaria, que se traduce en exigir que los derechos patrimoniales de los socios se discutan y resuelvan en valores concordantes con la realidad negocial³⁰⁷.

³⁰⁵ Por ejemplo, los bienes de uso son valuados partiendo de su valor de origen ajustados por inflación netos de las correspondientes amortizaciones, dando por resultado dicho proceder un valor que se aparta notablemente de los valores de mercado.

³⁰⁶ Cfr. ROITMAN, Horacio, Ley de Sociedades Comerciales – Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires 2006, pág. 166, quien afirma que el reembolso debe ser equivalente “...a una a una cifra que refleje, o al menos no se aleje notablemente del valor real de la participación del socio (art. 13 inc. 5º LS) ...”. Aludiendo a una de las causales de receso, pero que en lo conceptual resulta aplicable a las restantes, se ha dicho: “...la fusión requiere de un proceso de valorización de las sociedades que es complejo, dado que, como en todas las valuaciones, no puede considerarse el valor que resulta de la contabilidad tradicional, sino que deben analizarse no solo el valor real del activo y del pasivo de cada una, sino sus sinergias, su valor llave, el concepto de empresa en marcha, y todos los elementos que inciden en las valuaciones... La relación de canje que finalmente resulta de estos procesos (art. 83, inc. 1º, apdo. c, LGS) refleja el mayor o menor valor emergente de la negociación de todos estos elementos, y difícilmente este coincida con el valor contable del patrimonio dado a cambio de las acciones que reciben los socios” (RASPALL, Miguel Ángel, RASPALL, María Laura, RUBIOLO, Rubén Miguel, Transferencia de Empresas, Ed. Astrea, Buenos Aires 2017, pág. 409).

³⁰⁷ Su aplicación también se presenta en otras situaciones, como ser: a) ante el ejercicio del derecho preferente de compra con que cuenta un socio por la venta de una participación social que otro tiene interés en concretar, o del derecho de compra de la sociedad o de los socios supérstites respecto los herederos del socio fallecido; b) en la fijación de la suma que tiene derecho a percibir el socio excluido (artículo 92,

Una reorganización societaria, por ejemplo, una escisión-fusión, ¿puede convalidarse si se realiza en base un balance especial con los bienes del activo fijados en valores contables y no en los valores de mercado? Sí, ello sólo puede legitimarse cuando los socios que representan el cien por ciento del capital social aprueban ese balance especial.

Por supuesto que la cifra de patrimonio neto que surge de los estados contables de cierre de ejercicio no es parámetro para determinar un equitativo valor del reembolso ante el ejercicio del derecho de receso.

Es que "...por más cuidadoso y honesto que sea un preparador de estados contables, es normal que el patrimonio neto mostrado por éstos difiera del valor que el ente tendría a los efectos de su negociación..."³⁰⁸.

En concordancia con ello, se ha dicho que el desfase entre los valores de libros de las compañías y sus valores de mercado ya no genera curiosidad entre los especialistas dado que hay consenso generalizado y suficiente evidencia empírica que demuestra la incapacidad de los principios y normas contables generalmente aceptados para reflejar los principales determinantes de creación de valor en las compañías³⁰⁹. Ballou, Burgman, & Molnar trabajando con muestras de 2000 empresas de todos los sectores de la economía en EE.UU. determinaron que el valor de mercado de las mismas superaba entre 3,5 a 4 veces su valor contable, llegando a la conclusión que la contabilidad sólo podría explicar menos del 25% del valor de las empresas³¹⁰.

Los estados contables de cierre de ejercicio traslucen valores que surgen de la aplicación de normas técnicas a las cuales se subordina su confección, pero que contrastan con la realidad³¹¹.

inc. 1) de la LGS.); c) para determinar si corresponde o no emitir con prima y, en su caso, para fijar el valor de ella.

³⁰⁸ FOWLER NEWTON, Enrique, Cuestiones contables fundamentales, Buenos Aires, La Ley 2005, 4ta. Edición. p. 107.

³⁰⁹ ROSSI, M. Determinants of the relationship between strategic performance and shareholder's value creation. Social Sciences Research Network, www.ssrn.com.

³¹⁰ BALLOU, J., BURGMAN, R., & MOLNAR, M. Managing for shareholder value: intangibles, future value and investment decisions. Journal of Business Strategy. 25, (3), 26-34. 2004.

³¹¹ Conf. BARRAU, María, Inconsistencias y contradicciones entre las normas jurídicas y de registración contable. Necesidad de su armonización y sinceramiento, en XV Congreso Nacional de Derecho Societario, XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Tomo IV, pág. 183 y sigs., quien aludiendo expresamente que los estados contables, resultan inadecuados, inexactos para determinar no solo el valor de la prima de emisión, sino también para el pago de los impuestos, la distribución de utilidades, dice: "...Existen un conjunto de inconsistencias entre las normas jurídicas y contables a los fines de la

Se sabe que ninguna empresa se compra o se vende al valor de libros, sino que se aplican distintas fórmulas de cálculo para su determinación.

La cuestión se centra en confeccionar un balance para determinar el valor de la participación del socio recedente o para establecer la relación de cambio, que no dé por resultado un notable apartamiento del valor real³¹². Es decir, en realizar un balance en que los bienes se correspondan con el valor que tienen en el mercado; en realizar un balance del que surja un valor o precio equitativo, término este último que no es ajeno a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, los artículos 332, 1068, 1741, 1742, 1750, 1785 y 2507 del Código Civil y Comercial refieren a la equidad. También alude a ella, el

confección de los estados contables que produce que los mismos no conlleven los efectos deseados..” (pág. 187).

³¹² Se ha resuelto: “...Es sostenida y fundamentada la necesidad de admitir la consideración de un sistema diverso de valuación de la participación del socio recedente al normativamente previsto, consistente en la confección de balances especiales a fin de lograr la valuación real de las acciones, dado que los balances realizados conforme a normas contables usuales y legales no reflejarían el verdadero valor. Un balance especial tiene por finalidad determinar el real estado económico-financiero de la empresa, además de practicarse sobre la base de los valores de realización -no así los de ejercicio-, comprendiendo los rubros de las probables utilidades futuras de la empresa que el mismo socio que recede ha ayudado a construir y esta es la realidad de llamados activos intangibles que se impone a las normas que los regulan, siendo por ello que negar su valoración en los estados contables aparece en la mayoría de los casos, como un acto de injusticia y en ese sentido, cabe destacar la importancia que actualmente tienen los distintos elementos susceptibles de ser cuantificados tales como marcas, participación en el mercado, liderazgos, management, prestigio, perspectivas, una estructura organizada y experimentada, personal calificado, dirección experta y probada, entre otros, que constituyen el valor llave de una empresa, y agregan a la misma un plus-valor en su cuantificación que no puede ser desconocido y mucho menos, serle indiferente, al valorar la participación del accionista que ejerce el derecho de receso. La existencia del valor empresa en marcha, también llamado valor llave, es hoy una realidad integrante del activo de muchas unidades económicas.” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, Donaire Rosa y otro c/ Rastas S.R.L. y otros s/ ordinario, 29-dic-2017, MJ-JU-M-112059-AR | MJJ112059 | MJJ112059). En igual sentido, se dijo: “...La importancia que actualmente tienen distintos elementos susceptibles de ser cuantificados, tales como marcas, participación en el mercado, liderazgos, management, prestigio, perspectivas, una estructura organizada y experimentada, personal calificado, dirección experta y probada, es indiscutida. Estos elementos que, entre otros, constituyen el valor llave de una empresa, agregan a la misma un plus-valor en su cuantificación que no puede ser nunca desconocido, y mucho menos serle indiferente, al valorar la participación del accionista que ejerce el derecho de receso. (Di Lella, ob. cit., pág. 965). La existencia del valor empresa en marcha, también llamado valor llave, es hoy una realidad como integrante del activo de muchas unidades económicas. El valor llave consiste en una serie de factores inmateriales que hacen que una empresa ya instalada tenga mejores probabilidades de lograr ganancias respecto de otra empresa que recién se inicia. (Coll, Osvaldo Walter, "El valor llave al ejercerse el derecho de receso", LA LEY, 2007-F, 1019) ...” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, Sar Sar, Roberto Mario c. Hemodiálisis San Martín S.R.L. s/ receso p/ ordinario s/ inc. cas., 21/12/2011, LALEY AR/JUR/85425/2011).

artículo 32 inc. d) del Régimen de Transparencia de la Oferta Pública al regular la oferta pública de adquisición³¹³.

II. Algunos avatares del receso

Es indudable que el ejercicio del derecho de receso implica el no cuestionamiento de la causa que lo genera. En tal orden de ideas, cabe afirmar que una cosa es, por ejemplo, la aprobación de una reorganización societaria y otra la aprobación del balance especial practicado al efecto.

Si bien el receso produce la extinción del vínculo entre el recedente y la sociedad, por supuesto que tiene derecho a impugnar la decisión social que aprueba el balance que tiene en cuenta la sociedad para fijar el valor del reembolso.

Cabe recordar que el artículo 245 de la ley 19.550 tenía una redacción diferente a la actual.

Con la ley 22.903 se introdujeron reformas que reflejan la preocupación por ese necesario equilibrio entre el patrimonio social y el patrimonio del socio, las que coadyuvan a la interpretación que venimos repitiendo, es decir, a la aplicación del artículo 13 inc. 5 a fin de que el valor del reembolso sea equitativo.

Como consecuencia de la referida reforma, en salvaguarda del su patrimonio, la sociedad puede revocar la decisión por la cual se aprobó la reorganización societaria y de esa manera hacer caducar el derecho de receso ejercido (artículo 245, cuarto párrafo, de la LGS)³¹⁴. En relación con este cambio, se dijo: "...Atendiendo a ciertas situaciones que dieron lugar a casos complejos se prevé la revocación de la decisión que da lugar al derecho, regulando sus condiciones y tiempos, incluso como modo que la sociedad tenga oportunidad de revertir la situación si el ejercicio de dicho derecho puede afectar su estructura económica y patrimonial..."³¹⁵.

³¹³ Teniendo en cuenta ello, nuestra ponencia presentada en el VIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, titulada, Los derechos patrimoniales de los socios y un "valor equitativo".

³¹⁴ En concordancia con lo referido, se ha dicho: "...La reforma de la ley de sociedades produjo un cambio sustancial en la mecánica del derecho de receso, al introducir en el art. 245, párraf. 4º, la posibilidad de la revocatoria de la decisión causal de receso, por vía del órgano asambleario, otorgándole a ese hecho el carácter de condición resolutoria. La interpretación consecuente de la norma lleva a considerar el derecho de receso como ejercido (sujeto a dicha condición) con la sola notificación a la sociedad. Consecuentemente, el derecho debe reputarse adquirido con estas características en el mismo momento de la notificación y desde entonces empieza a correr el plazo de un año (o 60 días para algunas causales) establecido también novedosamente por la ley de reformas en el art. 245, inc. 5, para el pago del valor del reembolso..." Dasso, Ariel A., Derecho de Receso, en Tratado de los Conflictos Societarios, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, Tomo II, pág. 1377 y sig.).

³¹⁵ Ver punto 16, segundo párrafo, última parte, de la Exposición de motivos de la ley 22.903.

Tampoco se establecía en el repetido artículo 245 un plazo para el pago del receso. Por los abusos que generaba tal inexistencia, la norma vigente lo fija. En la exposición de motivos de la ley 22.903, se explica: "...También se mejora la forma de determinar el valor de la cuota que corresponde al socio recedente fijándose plazo para el reembolso y su ajuste en moneda constante."³¹⁶

Si el o los recesos ejercidos con motivo de la decisión adoptada afectan la situación patrimonial de la sociedad, la asamblea tiene la posibilidad de revocarla, quedando sin efecto alguno el receso ejercido.

Entonces, la sociedad debe pagar el valor de la participación social del recedente dentro del año de clausura de la asamblea que originó el receso o, dentro de los sesenta días para otras causales desde la clausura de la asamblea o desde que se publique el desistimiento, la denegatoria o la aprobación del retiro voluntario, tomando para ello el balance especial aprobado, o el balance tenido en cuenta por la sociedad para fijar el valor del reembolso.

Transcurridos los plazos referidos (que varía según sea la causal) la sociedad entra en mora automática (artículo 886 del Código Civil y Comercial), y el recedente tiene derecho a iniciar el cobro judicial y a trabar medidas cautelares en resguardo del cobro de su crédito. Ese crédito que surge del balance aprobado por la mayoría o del tenido en cuenta por la sociedad al efecto, resulta exigible pues estamos ante una obligación con plazo determinado que ha vencido.

El cobro judicial promovido será en concepto de pago parcial y a cuenta si el balance no se adecua al previsto en el repetido artículo 13 inc. 5 de la LGS, adicionándose intereses hasta el efectivo pago, calculados en base a una tasa activa³¹⁷, que no sólo mantenga el valor del crédito, sino que también implique un resarcimiento por la mora³¹⁸.

³¹⁶ Ver punto 16, quinto párrafo, de la Exposición de motivos de la ley 22.903.

³¹⁷ Conf. NISSEN, Ricardo A., Ley de Sociedades Comerciales, Editorial Abaco, Tomo 4, pág.44, citando dos fallos en igual sentido.

³¹⁸ Es que "...La forma adecuada para preservar ese valor según lo ordena el artículo 245 de la Ley de Sociedades, es actualizar el importe precisado en dinero hasta el momento del efectivo pago desde la fecha de notificación del receso (cfr. CNCom., sala D, 27-10-87, in re Ruberto, Guillermo c/ Bieckert SA, L.L. 1983-D-584). Admitir que se reembolsen las acciones recedidas por un valor histórico no es real, resulta inadmisibles y violatorio del artículo 62, último párrafo de la Ley de Sociedades..." (VÍTOLO, Daniel Roque; Sociedades Comerciales – Ley 19.550 comentada, Editorial Rubinzal – Culzoni Tomo IV, págs. 198 y 199).

IMPORTANCIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO SOCIETARIO

ROSITTO, Eugenio

Sumario.

Los principios generales son ideas rectoras o principios jurídicos directores que informan el ordenamiento jurídico y desempeñan una función estructurante y justificadora del ordenamiento.

La sociedad es un contrato y dentro y en su vínculo con el ordenamiento jurídico se adecua a lo establecido en el Código Civil y Comercial de la Nación (arts. 9, 10 y 961) por lo cual ningún derecho puede ejercerse en contra de la buena fe, la moral, las buenas costumbres y los fines del ordenamiento jurídico. El deber de lealtad es la concreción del deber general de la buena fe en la relación societaria.

La buena fe como principio general constituye un paradigma de conducta, una clara demostración de la moralización del derecho, que incorpora su costado ético y que se mantiene actualizado y adaptado a la comunidad. Hay que considerar que el deber de lealtad es inherente a la relación societaria que alcanza a todos los socios, mayoritarios y minoritarios con estricta relación al principio de buena fe y fin del contrato de sociedad. Nuestro ordenamiento jurídico argentino no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Los principios brindan al Juez pautas para valorar y ponderar de manera razonable el accionar de los socios en el ejercicio de sus derechos.

El derecho societario actual se encuentra en una etapa de reconfiguración de sus paradigmas tradicionales y/o estructurales del contrato de sociedad pero basados en ciertas pautas y normas generales de todo el ordenamiento jurídico. Consideramos conveniente una regulación expresa en materia societaria del deber de lealtad traducido en la buena fe como pauta de conducta específica de los socios a los efectos de disminuir actos abusivos o de conveniencia evitando diferentes tipos de conflictos entre los socios y con la sociedad.

Introducción.

En estas líneas de esta breve ponencia planteo algunos interrogantes sobre la importancia de los principios generales del Derecho y su influencia en el Derecho societario, en

una armonía dentro de todo el ordenamiento jurídico. Algunos interrogantes que se plantearán y servirán de antecedentes para el análisis sobre los conflictos societarios y las diversas acciones que tanto la mayoría y la minoría ejercen dentro de la sociedad y su vínculo con el interés social, elemento crucial para delimitar y entender el Derecho societario.

¿Por qué son importantes los principios generales del Derecho? ¿Cómo se vinculan con el Derecho societario? ¿Cómo se traduce el principio de la buena fe en el ejercicio de los derechos de los socios? ¿Se contemplan en nuestra Ley de sociedades? ¿Deberían en su caso contemplarse expresamente?

1.-. Los principios generales del Derecho y su regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Civil y Comercial es una codificación basada en principios en la regulación de los derechos fundamentales como técnica de funcionamiento cotidiano y que impacta en la regulación y funcionamiento de las personas jurídicas.

Con la unificación del Código Civil y Comercial de la nación se innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establecer una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado.³¹⁹

Los principios generales son ideas rectoras o principios jurídicos directores que informan el ordenamiento jurídico. Son conceptos jurídicos indeterminados o abiertos, que requieren del operador del derecho para su concretización frente al caso.

La importancia de los principios generales del derecho resulta de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., que expresan: "*Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho*" (art. 1º). "*La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*" (art. 2º).

Ambas disposiciones están contenidas en el Título Preliminar destacando su importancia como norma general del ordenamiento jurídico. Son bases que se aplican para ser

³¹⁹ Lorenzetti, Ricardo L. "La interpretación de los contratos", Publicado en: Sup. Esp, Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 191 Cita: TR LALEY AR/DOC/237/2015.

utilizadas y para la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derecho basado en principios y reglas. Estos principios se proyectan hacia todo el derecho privado.

Los principios generales del derecho constituyen una noción moral correspondiente al estándar de una sociedad, que resulta de su evolución social y jurídica. Como sucede con las remisiones valorativas en general, el contenido suele ser el resultado de una construcción socialmente compartida.³²⁰

¿Por qué son importantes los principios generales del Derecho?

Los principios generales son las claves jurídicas de la convivencia. Su importancia se destaca, particularmente en estos tiempos, en que la sociedad se mueve en los límites de lo ético y lo jurídico.³²¹

Al encontrarse en el Título Preliminar se complementan en una armonía y coherencia con el resto de leyes especiales que componen el ordenamiento jurídico, en nuestro caso con la Ley general de Sociedades.

Pueden ser utilizados como fuente del derecho para dirimir conflictos donde el Juez de manera razonable y fundamentada debe utilizar en su caso dichos principios, asimismo, es una fuente de interpretación de la ley para resolver las contradicciones existentes entre las normas jurídicas vigentes, dando prioridad a la que se adapta mejor al principio general y ante situaciones dudosas de interpretación.

Tenemos diferentes principios generales del Derecho, la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com, la autonomía de la voluntad, y la prohibición de ejercicio abusivo de los derechos (arts. 10 y 11, Cód. Civ. y Com.) gozando todos ellos de fuente constitucional.

2.- EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO.

El derecho societario no es un enclave aislado del sistema jurídico y , por lo tanto, debe respetar los principios, costumbres, garantías que inspiran al ordenamiento jurídico en su conjunto, así como los elementos del contrato de sociedad (arts. 1, 2, 9, 10 y 281, entre otros, Código Civil y Comercial; art. 1, ley 19.550).³²²

³²⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Aspectos filosóficos de la buena fe", en Córdoba Marcos M., Tratado de la Buena Fe en el Derecho, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 5.

³²¹ Nicolau, N. , "El contrato en el contexto de la teoría general del Derecho", en Nicolau, N. Hernandez C (dirs), Contratos en el Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 44.

³²² Calcaterra, Gabriela., "La autonomía negocial en el Derecho de Societario y la promesa de la sociedad a medida" en "El Derecho Privado en el Siglo XXI (agenda presente y futura), Dirs. Hernandez, Frustagli y Santarelli, Ed. La Ley Tomo I, 11/2022.

El derecho societario es un microsistema dentro del sistema del derecho privado patrimonial siendo parte del sistema jurídico general.

La sociedad es un contrato y dentro y en su vínculo con el ordenamiento jurídico se adecua a lo establecido en el art. 9, 10, y 961 del Código Civil y Comercial de la Nación por lo cual ningún derecho puede ejercerse en contra de la buena fe, la moral, las buenas costumbres y los fines del ordenamiento jurídico.

Siendo el contrato de sociedad una organización, una "sociedad" entre las partes a fin de que se desarrolle determinada actividad (objeto social), para la satisfacción del interés de los socios el desarrollo de dicha actividad es lo que hace que este se torne de una "extraordinaria complejidad" y que sean "difícilmente previsible" sus vicisitudes.³²³

El contrato de sociedad es incompleto y de una extraordinaria complejidad y difícilmente previsible, de manera que la redacción de un contrato completo deviene una posibilidad muy poco eficiente. El resultado es que el contrato de sociedad que estructura una organización corporativa no establece reglas de comportamiento de los socios para el caso de que se produzcan supuestos hechos determinados.³²⁴

El contrato de sociedad junto con su regulación legal como motor de la economía nacional debe ser eficiente, tiene su particularidad donde nace una persona jurídica y donde los socios poseen derechos y deberes para con la sociedad y entre ellos que junto con el funcionamiento de los órganos se regulan en el contrato o estatuto social.

3.- SOCIEDADES CERRADAS Y DE FAMILIA. CONFLICTOS. REGIMEN DE MAYORIAS Y MINORIAS.

En nuestro país la mayoría de las sociedades son sociedades pequeñas, pymes y/o de familia, por lo cual el conflicto societario ante fallecimiento de un socio y/o divorcio tiene consecuencias perjudiciales para la sociedad y el cumplimiento de su objeto debiendo contar con un marco normativo que contemple sus necesidades específicas.

Del total de las empresas que existen en nuestro país, el 90 % son empresas familiares, mueven el 70 % del empleo privado y generan el 68 % del PBI. Sin embargo, apenas el 4 % sobrevive a la tercera generación y apenas el 1 % a la cuarta (Datos aportados por el Club Argentino de Negocios de Familia).³²⁵

³²³ Alfaro Aguila, J., "Los problemas contractuales en las sociedades cerradas", en InDret, Rev. para el Análisis del Derecho, 4/2005, <http://www.indret.com>, Barcelona, 2005, p. 3.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ <http://www.canf.com.ar/index.php> Club Argentino de Negocios de Familia.

En la sociedad convive la regla de la mayoría y su prevalencia en la decisión de reuniones sociales, tengamos presente que desde su incorporación los socios conocen sus derechos y su posición jurídica dentro de la sociedad y su accionar tiene necesariamente vínculo con el interés social. Muchas veces ante desacuerdos con las decisiones mayoritarias utilizan impugnaciones y herramientas para cuestionar a la sociedad y sus socios mayoritarios y directores a través de la impugnación, nulidad de decisiones asamblearias, etc. Ambas reglas de la mayoría respecto al poder de decisión y mando y la regla de la minoría respecto al control y vigilancia hacen y repercuten en el correcto funcionamiento de la sociedad, como también la tutela judicial, y el ejercicio de los derechos y deberes de los socios y administradores.

El interés particular del socio se ve subordinado al interés social desde que el socio se constituye o se incorpora a la sociedad, acepta el estatuto con las normas de funcionamiento y las normas indisponibles del régimen societario y del ordenamiento jurídico en general. Por lo cual, en el funcionamiento de los órganos sabe que las decisiones sociales se toman por mayoría de votos siendo en las sociedades cerradas y de familia mayor probabilidad de dichas situaciones conflictivas.

Por ejemplo, las minorías en el ejercicio de sus derechos pueden afectar el normal desarrollo de la actividad de la sociedad cuando dichos derechos lo ejercen de manera abusiva. Los derechos que la Ley de Sociedades establece son: derecho de información a efectos de considerar los estados contables, solicitud de intervención judicial en cualquiera de los grados, derecho de suscripción preferente, derecho de receso, impugnación de decisiones asamblearias, etc.

Podría darse el supuesto que dichas acciones tengan como objetivo lograr un mayor valor en la retribución de sus participaciones a los efectos de poder retirarse de la sociedad. Se abusa bajo el amparo del ejercicio de derechos, cuando estos son subutilizados sin contemplar los fines del ordenamiento jurídico al concederlos, como ocurre cuando la impugnación de asamblea se vuelve una acción judicial que se interpone sistemáticamente, la mayoría de las veces apoyadas o basadas en argumentos formales.³²⁶

Por lo cual, la parte minoritaria puede incurrir en una situación del ejercicio de sus derechos de manera abusiva. ¿Las decisiones y acciones que ejercen los socios minoritarios tutelan sólo su posición de socio o se intenta resguardar el difuso concepto de lo que entendemos por interés social de la sociedad? ¿Cuál es el límite o de qué manera ponderar las acciones

³²⁶ Racciatti Hernán J. “El ejercicio abusivo del derecho de impugnación de decisiones asamblearias (Hacia la moralización del derecho societario)”, XV Congreso Argentino de Derecho Societario. XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la empresa. Universidad Nacional de Córdoba. Tomo III, pág. 280.

legítimas que el ordenamiento jurídico dispone a favor de la minoría para hacer valer sus derechos y con qué criterio el Juez deberá analizar dichas situaciones?

Instituto del abuso del Derecho.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, el instituto del abuso del derecho es incorporado al texto legal como un principio general del ejercicio de los derechos en el Título Preliminar, lo cual es una importante decisión, porque cambia la tonalidad valorativa de todo el sistema, sin perjuicio de las adaptaciones que pudieran corresponder en cada caso en particular.

Hay varios antecedentes jurisprudenciales donde hubo abuso del derecho cuando en decisiones asamblearias la mayoría se responde a un interés personal y la decisión persigue ese interés en perjuicio del interés social o de los demás socios.³²⁷

En dichos supuestos nos encontramos frente a un comportamiento inoperante y disvalioso por parte de las mayorías societarias.

En un importante fallo "Vistalba c. Banco Galicia".³²⁸ Allí, la Sala A dejó sentado con revelado acierto que la ley debe tutelar el interés de los accionistas mayoritarios, el interés de los accionistas minoritarios y el interés de la sociedad anónima en el logro de su objetivo social.

El límite a las conductas abusivas de los socios es el interés social. El interés de "todos los socios" confluye en el interés de la sociedad en cumplir el objeto social para el cual fue creada. La regla básica para la adopción de las decisiones sociales es la de las "mayorías". No considero que siempre las impugnaciones represente por parte de la minoría sea una actitud abusiva, por ello, la importancia de los principios generales para ponderar y analizar y valorar el conflicto y resolución del conflicto societario. El sistema legal que nos rige ha puesto en el voto mayoritario de los socios la potestad de formar la voluntad jurídica, como una clara forma de interpretación del interés social. La ley da al voto mayoritario de los socios, en tanto éste sea conforme a derecho y cumpla con los lineamientos de conducta impuestos por el objeto social, el valor configurativo de la voluntad social.

¿Ahora bien, cual es la prudencia y razonabilidad esperada en el ejercicio de los derechos tanto de la minoría o mayoría? ¿Qué valor pueden aportar los principios generales del derecho?

³²⁷ Carabassa c. Canale S.A.", de la Sala B CNCom, Sala B, 6/12/82, el caso "Mandataria Rural", de la Sala C, y el caso "Abrecht", de la Sala D.

³²⁸ CNCom, Sala A, "Vistalba, S. A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires, S. A. y otro s/ nulidad decisiones asamblearias y Yinot, S. A. c. Banco de Galicia y Buenos Aires s/impugnación de asamblea", del 11/12/1986, cita on line: AR/JUR/1945/1986.

4.- IMPLICANCIAS DEL INTERES SOCIAL EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS SOCIOS.

La actuación de los órganos sociales deben adecuarse al interés social. Asimismo, el accionar de los socios, sean mayoritarios como minoritarios deben tener un comportamiento leal, inspirado en el principio de la buena fe en coherencia con dicho interés social.

En cuanto al contenido del interés social, destacamos que es un concepto indefinido e indeterminado donde formulamos diferentes posturas: La institucionalista para la cual el ente social tiene un interés superior al de los socios. Sostiene que la empresa está constituida por un conjunto de intereses dentro de los cuales, el interés de los accionistas representa solo una fracción que coexiste con el interés de los trabajadores, el de los consumidores y el interés colectivo en el desarrollo de la economía nacional. La empresa se convierte en fin y motiva el reconocimiento de un interés social con existencia autónoma y con jerarquía superior a la suma de los intereses de los socios. La finalidad ya no es la obtención de lucro, sino el mejor desarrollo de la empresa y la contractualista que sostiene que no hay un interés social superior y diverso al de los socios y lo concibe como el interés común de los socios en su calidad de tales. Es el mínimo común denominador que une a los socios desde la constitución de la sociedad hasta su disolución. Para Halperín, el "interés societario se funde en las nociones de interés común, lealtad y buena fe" cumpliendo una función esencial dentro del contrato social.³²⁹

Si bien "el interés social" ha sido conceptualizado de diferentes maneras, podemos sostener que se trata del "interés común de todos los socios", en su calidad de tales.³³⁰

Tanto en el funcionamiento de los órganos, en el de gobierno rige el principio de la mayoría y deben sujetarse sus resoluciones al interés social, el cual se presenta como el contralor de la actuación de las mayorías para evitar abusos que perjudiquen a las minorías.

También constituye una base jurídica para sancionar el llamado abuso de minoría, que se da respecto "del mal uso de ciertos derechos conferidos a la minoría o al accionista individual", en casos de bloqueo, acciones judiciales, derechos conferidos por pactos de accionistas, etc.³³¹

Por lo cual, el interés social se configura como el elemento central del derecho de sociedades, que si bien ha de inspirar la actuación de los administradores sociales, bajo los

³²⁹ HALPERÍN, Isaac - OTAEGUI, Julio César, "Sociedades anónimas", 2° ed., ed. Lexis Nexis, Bs As, 1998, p. 226.

³³⁰ *Ibidem*.

³³¹ MOLINA SANDOVAL, Carlos, "El difícil contorno del interés social", ED 194-998.

deberes de diligencia y lealtad, también- aun cuando con menor intensidad-exige un deber de fidelidad a los socios en la conformación de la voluntad común.³³²

Por lo expuesto, al socio se le exige fidelidad o lealtad dando prioridad en su actuación a la tutela del interés social.

5.- DEBER DE LEALTAD DEL SOCIO Y BUENA FE DE LOS SOCIOS.

Los principios generales del derecho, en particular el de buena fe traducido en el derecho societario como el deber de lealtad, debe ser una regla de comportamiento de los socios dentro de la sociedad y como una norma de integración, interpretación, fuente y límite en el ejercicio de los derechos. El criterio metodológico supone adoptar el mayor grado de generalización de la buena fe: no ya una cuestión particular de la materia contractual, ni siquiera de los actos jurídicos, sino más ampliamente como un principio que informa todo el ordenamiento jurídico.³³³ Dentro de ese ordenamiento jurídico se encuentra la Ley General de Sociedades. La buena fe es un elemento ético indispensable en el ámbito del derecho privado patrimonial. Distinguimos buena fe subjetiva o creencia y buena fe objetiva o lealtad, siendo esta última la que despierte mayor análisis y entidad en su relación con el contrato de sociedad (teniendo como rasgos principales el interés y riesgo en común) y donde en la actuación de los socios deben abstenerse de realizar acciones contrarias al deber de lealtad y cumplimiento de sus obligaciones y derechos contractualmente establecidos.

La buena fe, como principio general y su implicancia en el Derecho societario comprende y atiende no solo la actuación de todos los órganos sociales, sino también el comportamiento de los socios en particular, por lo cual puede ser un parámetro para desestimar tanto el abuso de las minorías cuanto el de las mayorías. La buena fe como principio traducido en el deber de lealtad del socio debe imperar tanto en la sociedad cerrada como abierta y con especial trascendencia en la sociedad de índole familiar. El contenido del deber de lealtad del socio, es el de la prohibición de obtener ventajas para sí, en detrimento del fin común y alcanza a todos los socios, tanto mayoritarios y minoritarios. De tal manera, se espera que cada accionista cumpla de manera íntegra con sus obligaciones, un deber de lealtad, entendido como el estándar de comportamiento, con el fin de no poner en riesgo a la sociedad.

³³² Schneider, Lorena, "El control societario y los abusos de mayoría, de minoría y de socios en posición equivalente

LA LEY 03/02/2017, 1 - LA LEY2017-A, 919 - Enfoques 2017 (marzo), 85.

³³³ TOBÍAS, José W. en "Código Civil y Comercial, Tratado Exegético", La Ley, 2015, Dir. Gral. Jorge Horacio Alterini, t. I, comentario al art. 9º.

El deber de lealtad en las relaciones con comunidad de intereses y, en particular, el deber de lealtad del socio encuentra su fundamento en el principio general de la buena fe.

La imposición de actuar lealmente al socio mayoritario en relación a la sociedad y a la minoría constituye el más y mejor contrapeso a la discrecionalidad que puede ocultarse no solo tras la regla de la mayoría sino también para el análisis del modo en que deben ejercer sus derechos los socios de la minoría.³³⁴

Ya en su momento Halperin hacía referencia al deber de lealtad en el análisis de la noción de *affectio societatis* establece el deber de colaboración activa del socio. De esta colaboración activa para el logro del objeto social con el propósito de realizar el fin común, el socio debe sacrificar sus intereses personales divergentes de los sociales que empecen o pueden dificultar la consecución de ese objeto social.³³⁵

Por lo cual los socios, sean mayoritarios o minoritarios deben tener esta regla de conducta y ejercer sus derechos considerando la pauta valorativa de la buena fe lealtad, hacerlo de conformidad con lo que las partes hubieran convenido al momento de la firma del instrumento constitutivo y anteponiendo siempre el interés social a cualquier interés propio o ajeno al social. En la Ley General de Sociedades, en el art. 248, LGS obliga al socio que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, a abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquella. Caso contrario, será responsable de los daños causados cuando, sin su voto, no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida. El precepto de referencia reconoce la preponderancia del interés social por sobre el individual, impidiendo la formación de mayorías con intereses contrarios al de la sociedad.

Por lo cual, el socio debe cumplir con lo establecido en el contrato social y en particular ejercer sus derechos de buena fe. Los socios pueden tener un interés personal pero el mismo, y lo que implica su deber de lealtad y buena fe aplicada a las relaciones sociales implica la exigencia de colaborar y considerar con el fin común. Como manifiesta Paz-Ares, se necesitan normas de conducta donde el deber de lealtad se sitúa en el corazón de un Derecho de sociedades reflexivo o de fondo, el motor que en última instancia permite asegurar la permanente evolución del Derecho de sociedades.³³⁶

³³⁴ Schneider Lorena, "La necesidad de establecer el deber de lealtad del socio", Ponencia XIV Congreso Argentino de Derecho societario y de la empresa. X Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la empresa. Hacia un nuevo derecho societario. Tomo III, pág. 2133 y ss.

³³⁵ HALPERIN, Isaac, "Curso de derecho comercial", vol. I, parte general, ediciones Depalma, Bs As, 1967, p. 314.

³³⁶ Paz-Ares, Anatomía del deber de lealtad, Madrid, Actualidad jurídica Uria-Menendez, Nº 39, 2015.

Su regulación en la Ley general de sociedades sería un parámetro para la determinación sobre el ejercicio abusivo o no de un derecho por parte de un socio en la relación societaria.

6.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL DERECHO SOCIETARIO Y SU INCLUSION EN EL PROYETO DE REFORMA A LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES 2019.

Una muestra de la importancia de los principios generales del derecho en el derecho societario fue la interesante recepción por parte del art. 1º, tercera parte, del Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades del año 2019, el cual manifestaba: *"Principios aplicables a las sociedades. El contrato social, el estatuto, sus modificaciones y las resoluciones de los órganos sociales se rigen por el principio de la autonomía de la voluntad, en tanto no contradigan normas imperativas de esta ley. Las normas reglamentarias que dicten las autoridades de aplicación no podrán invalidar, restringir, ampliar o condicionar lo dispuesto en la ley, ni las disposiciones válidamente adoptadas por las partes. Los socios, administradores, y miembros de los órganos de fiscalización deben ejercer sus derechos, funciones y facultades con ajuste a la buena fe y al interés de la sociedad. No es admisible el ejercicio abusivo de los derechos, sea por mayorías como por minorías. Rige el principio de igualdad de trato a todos los socios, aunque se trate del Estado y se invoque un interés público"*. Del proyecto de reforma a la Ley General de Sociedades, destacamos la importancia de la autonomía de la voluntad como principio rector, la libertad contractual con mayor fuerza en la dinámica societaria junto con el principio de la buena fe y la importancia del interés social.

Hay que considerar que el deber de lealtad es inherente a la relación societaria que alcanza a todos los socios, mayoritarios y minoritarios con estricta relación al principio de buena fe y fin del contrato de sociedad.

EL CONTROL DE LA PLURALIDAD SUSTANCIAL DE SOCIOS EN LAS SRL

RUIZ, Ricardo Alberto

SUMARIO

La Ley 26.994 ha incorporado a la Ley General de Sociedades (en adelante LGS) la figura de la sociedad unipersonal, cambiando el paradigma en materia de pluralidad de socios. La nueva normativa, al prever que habrá sociedad cuando *una* [o más] persona[s] en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliga[n] a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas (conf. art. 1, LGS), consagra la unipersonalidad como nuevo formato de estructura jurídica, haciendo la salvedad que, en tal caso, sólo se podrá constituirse como Sociedad Anónima. Paralelamente, dispone que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses (conf. art. 94 bis, LGS), excluyendo de aquella transformación necesaria en SAU, entre otras, a las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

En el caso de las SRL, el control de la pluralidad sustancial se agotará en el acto constitutivo. Una interpretación armónica de las normas en juego nos llevan, sin dudas, a consagrar la subsistencia de la Sociedad de Responsabilidad Limitada ante supuestos de unipersonalidad derivada. Ello descarta que el control de legalidad que debe efectuar el Registro Público tenga algún reparo u observación por tal situación, puesto que tal reducción en el número de socios no constituye una mutación de su personalidad o un cambio de su tipo societario, ni empece al mantenimiento de su condición como sociedad de responsabilidad limitada, conservando así todos los atributos y caracteres típicos del mencionado tipo social.

Tal interpretación encuentra su amparo legal en las normas citadas precedentemente, y se sustenta en el principio de conservación de la empresa (conf. art. 100, LGS), cuya doctrina aparece elocuente cuando restringe la apreciación de las causales de disolución y liquidación de la sociedad, subordinándola a la viabilidad económica y social de la actividad de la sociedad.

PONENCIA

En época anterior a la entrada en vigencia de la Ley 26.994, se decía que el control de legalidad en cabeza del Registro Público –en ese entonces, Registro Público

de Comercio- consistía un *examen exhaustivo que debe hacerse del documento a inscribir, y determinar si se ajusta a los requisitos legales prescriptos para cada caso, supuesto en que la toma de razón resulta procedente. Registrado éste, goza de una presunción de validez, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, pues como se afirmó, nuestra ley de sociedades no acepta el efecto saneatorio o convalidante de las inscripciones (art. 17, 19.550).*³³⁷

En consonancia con lo expuesto, un histórico fallo de la Cámara Nacional en lo Comercial que fue muy comentado por establecer una clara delimitación de las facultades del Registrador, señalaba que *resulta incontrovertible que el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país exige la pluralidad de socios -"dos o más personas"- para la constitución de sociedades comerciales o civiles (conf. arts. 1, LSC. y 1648, CCiv.). También lo es que esta pluralidad debe mantenerse durante toda la existencia del ente puesto que, en caso de reducción a uno del número de sus integrantes con posterioridad a la constitución, se configura causal de disolución salvo que se recomponga la pluralidad en el plazo de tres meses (art. 94, inc. 8, LSC.)*³³⁸, concluyendo que en el caso *el inspector ha ejercido su deber de efectuar el control de legalidad, con fundamento en la ley vigente, ya que el rechazo de la inscripción se fundó en la falta de cumplimiento del recaudo legal relativo a la pluralidad de socios.*³³⁹

En ese contexto, la materia de debate fue lo que en doctrina se denominó “sociedad de cómodo”, puesto que la voluntad de los socios fue constituir una SRL distribuyendo su capital social en un 99,9999% en cabeza de uno de ellos, mientras que el restante 0,0001% en cabeza del otro socio.

La pluralidad sustancial de socios aparecía como un recaudo ineludible -aún cuando formalmente se cumpla con el número mínimo de dos integrantes- tanto al momento de su constitución, como durante todo el tiempo que se mantenga vigente el ente societario.

Por entonces, era impensado que el Registro Público convalidara la constitución de una SRL, o la inscripción de cualquier otro acto societario, mientras la sociedad no respete el requisito de la pluralidad sustancial de socios conforme lo dispuesto en el artículo 1 de la vieja Ley de Sociedades Comerciales (en adelante LSC).

La entrada en vigencia de la Ley 26.994 introdujo un verdadero cambio de paradigma, puesto que dispuso la inclusión de las sociedades unipersonales en el catálogo de tipos societarios previstos en el mencionado cuerpo legal.

³³⁷ NISSEN, R. “Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada”, Ed. Astrea, 3ra, edición, 2010, Tomo 1, pág. 184.

³³⁸ CNCOM., Sala E, 03/03/2005, “Fracchia Raymond SRL”, JA 2005-III-776.

³³⁹ Idem anterior. De los fundamentos del dictamen fiscal que la Cámara comparte.

La nueva normativa, al prever que habrá sociedad cuando *una* [o más] persona[s] en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliga[n] a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas (conf. art. 1, LGS), consagra la unipersonalidad como nuevo formato de estructura jurídica, haciendo la salvedad que, en tal caso, sólo se podrá constituirse como Sociedad Anónima.

*Tal como se advierte, la novedad presente en la hoy renombrada Ley General de Sociedades (LGS) radica en que, más allá de mantener vigente el paradigma de constitución plural del contrato de sociedad —conforme exigía el art. 1º en su anterior versión—, introduce en ese artículo la posibilidad de constituir una sociedad anónima a partir de la declaración de voluntad de un único individuo (sea éste persona humana o persona jurídica, en la medida, en este último caso, en que no se trate de otra sociedad unipersonal), receptando, de ese modo, la figura de la sociedad anónima unipersonal originaria (SAU) en el derecho corporativo argentino.*³⁴⁰

Sin perjuicio de lo dicho, la legislación societaria dispone expresamente que *la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses* (conf. Art. 94 bis, LGS).

La derogación del viejo inciso 8 del artículo 94 de la LSC, y a su vez, la incorporación del mencionado artículo 94 bis, ha significado que la reducción a uno del elenco de socios ha dejado de ser una causal de disolución.

En el caso de las sociedades en comandita, simple o por acciones, o de capital e industria, la norma indica que las mismas se transformarán de pleno derecho en SAU si los socios no resuelven otra cosa dentro del término de tres meses. Pero en el caso de las SRL –pudiendo incluirse también a las sociedades colectivas- la situación es totalmente distinta.

Ante este último supuesto, la divergencia de criterios es manifiesta. Vítolo, por ejemplo, critica la mencionada norma señalando que la misma *es desaconsejable por dos motivos. El primero de ellos es la forma discriminatoria con que se consideran los otros tipos sociales que no sean los mencionados en ese art. 94 bis, y lo contradictoria que resulta esta norma respecto de lo dispuesto en el referido art. 1º*. Continúa diciendo que *si el art. 1º dispone -según ha sido propuesto por los redactores- que las sociedades unipersonales solo pueden constituirse bajo el tipo de sociedad anónima, no se entiende cómo podrán sociedades de otros tipos -la sociedad colectiva o la sociedad de responsabilidad limitada, por ejemplo- al quedar reducidas a un solo socio seguir*

³⁴⁰ GARCIA VILLALONGA, Julio C. “La unipersonalidad en la Ley General de Sociedades. Antecedentes, justificación y alcances”, RCCyC 2016 (Marzo), pág. 233.

*operando como sociedad colectiva o sociedad de responsabilidad limitada, pues el texto dispuesto para el art. 94 bis señala: "... la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución..."*³⁴¹

También se ha dicho, citando destacadas fuentes doctrinarias, que *algunos autores pregonan que las sociedades colectivas y de responsabilidad limitada, producida la reducción a uno del número de socios, quedan comprendidas en la Sección IV, por lo menos si no adoptan otra solución, como la reconstitución de la pluralidad, la transformación del tipo o la fusión, para lo cual la ley no prevé plazo alguno. Otros, con mayores o menores argumentos, sostienen que esas sociedades continúan su existencia como unipersonales sin alteración alguna en su régimen. También se ha escrito que, aunque el Art. 94 bis diga lo contrario, la sociedad devenida unipersonal queda disuelta.*³⁴²

El plexo normativo aplicable a esta cuestión comienza con el artículo 1 de la LGS, que consagra la unipersonalidad societaria al disponer *habrá sociedad si una o más personas* en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. No surge de tal precepto distinción alguna sobre la unipersonalidad en la etapa de gestación societaria, o aquella derivada como consecuencia de la reducción a uno del número de socios. Tampoco se evidencia que este último supuesto constituya un condicionante de la vigencia de la personalidad jurídica o una causal de disolución, pues la norma del artículo 94 bis dispone claramente que la reducción a uno del número de socios no es *causal de disolución*.

Del sistema de prelación normativa que dispone el Código Civil y Comercial de la Nación (Art. 150), puede advertirse que el criterio de interpretación propuesto no encuentra fisuras, puesto que las normas imperativas en materia de disolución societaria previstas en la legislación especial (esto es, LGS) prevalecen sobre las normas imperativas del derecho común, descartado cualquier especulación respecto de la aplicación en el caso de lo previsto en el artículo 163, inc. G, de aquel ordenamiento normativo.

De tal manera, el lógico concluir que la SRL –y en su caso, la Sociedad Colectiva- no se disuelven por la reducción a uno de su número de socios, preservando tales sociedades su plena capacidad jurídica y todos los atributos de su tipo.

Son sociedades que nacen al mundo como sociedades de constitución plural. Ergo, no se establecen originariamente como sociedades unipersonales (situación que

³⁴¹ VITOLLO, Daniel Roque. Comentarios a las modificaciones de la ley 26.994 a la Ley General de Sociedades, Ed. Ad-Hoc, 2da. Edición actualizada y ampliada, Junio de 2015, pág. 72 y ss.

³⁴² MANOVIL, Rafael M. Las sociedades devenidas unipersonales, RDCCyE, Octubre 2015.

el artículo comentado reserva exclusivamente para el tipo SA), sino que mutan ese elemento posteriormente. Esto último —reitero— no está vedado por la LGS sino, todo lo contrario: está permitido, conforme surge de una armónica e integral hermenéutica del sistema normativo societario vigente, particularmente de lo prescripto en los arts. 1º, 21, 93, 94 bis y 100 LGS. Lo aquí afirmado no es menor. Implica el reconocimiento implícito efectuado por la ley de la unipersonalidad societaria sobreviniente para los tipos "SRL" y "sociedad colectiva" —no incluidos en el art. 94 bis—, más allá de los supuestos de unipersonalidad expresamente pautados respecto de la SA. Sólo de este modo es posible vislumbrar la coherencia del nuevo sistema societario, pensado para los tiempos actuales, más allá de la crítica que pueda hacerse a la técnica legislativa utilizada y de las limitaciones que ésta conlleva.³⁴³

Interpretado de esta manera, el control de la pluralidad sustancial de socios en la caso de una SRL se justificará sólo al momento de su constitución. Por el contrario, incurre en una extralimitación el órgano registrador que observa, o directamente niega, la solicitud de inscripción de un acto societario cuya registración solicite una SRL que ha visto reducido su número de integrantes a un solo socio, pues tal situación no debe considerarse una irregularidad que implique el incumplimiento de los recaudos de legalidad del acto.

Contrariamente a esta interpretación propuesta, la Inspección General de Justicia ha tomado otra postura, disponiendo que los restantes tipos sociales plurilaterales no mencionados por el artículo 94 bis de la Ley N° 19550 en que opera la reducción a uno del número de socios, en caso de no recomponerse la pluralidad de socios dentro del plazo establecido por el mismo artículo, deberá resolverse: a) su transformación voluntaria como sociedad anónima unipersonal o; b) su disolución y nombramiento de liquidador. Asimismo, establece que en caso de incumplimiento de lo precedentemente expuesto, se considerará a la sociedad bajo el régimen de responsabilidad establecido para las sociedades de la Sección IV del Capítulo I de la Ley N° 19.550 (Conf. art. 203, Resol. IGJ 7/2015).

Entiendo que tal solución resulta desajustada a derecho, pues ello no sólo desconoce la normativa vigente y la solución dada a partir de la interpretación armónica de lo dispuesto por los artículos 1 y 94 bis de la LGS, sino que además implica arrogarse facultades legislativas que el orden constitucional le niega.

³⁴³ GARCIA VILLALONGA, Julio C. Ob. Cit., págs. 233 y ss.

*Sucedee que, como regla, las sociedades de responsabilidad limitada no están alcanzadas por la fiscalización del registro público más allá de lo propio de la registración del contrato social y sus modificaciones.*³⁴⁴

No hay lugar a duda que, como principio general, es el interés público el que justifica el control de legalidad. *Ese dato -esto es, la necesidad de que esté presente un interés público- no solo justifica el poder del organismo, sino que también le marca sus límites, pues lo somete a la obligación de respetar las libertades individuales en todo lo que exceda ese interés.*³⁴⁵

En definitiva, la SRL devenida unipersonal no pierde su personalidad jurídica ni los atributos de su tipo societario, su continuidad como tal quedará reservada a la libre voluntad de su único socio que no verá modificada su responsabilidad. Por su parte, el órgano registrador no podrá observar la inscripción de los actos societarios llevados a cabo en tales condiciones.

³⁴⁴ CNCOM., Sala E, 15/09/2021, “Inspección General de Justicia vs. Finosa SRL y Otros s. Organismos Externos”, publicado en el sitio oficial Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

³⁴⁵ CNCCom., Sala C, 15/07/2021, “Inspección General de Justicia c/ Boswil SA s/ Organismos Externos”, publicado en el sitio oficial Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

ESCISIÓN RATIONE PERSONAE

SKIARSKI, Enrique M.

Sumario:

Se analizan aspectos de la escisión *ratione personae*. Se propone que en lugar del consentimiento de los socios afectados se le otorguen otras garantías como ser que la resolución asamblearia deba justificar que los mismos no se hallan perjudicados con el procedimiento. Asimismo deba acompañarse balance especial de escisión con informe del síndico y no un mero estado de situación patrimonial aplicando criterios de medición basados en los atributos que en cada caso resulten más adecuados para alcanzar los requisitos de la información contable (pertinencia, confiabilidad, sistematicidad, comparabilidad y claridad) y teniendo en cuenta el destino más probable de los activos y la intención y posibilidad de cancelación inmediata de los pasivos (Norma 6.2., RT 16).

1. Escisión *ratione personae*.

La figura de la escisión fue introducida en nuestro régimen legal con la sanción de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, cuyo art. 88: 3) establece que “3) *La resolución social aprobatoria incluirá la atribución de las partes sociales o acciones de la sociedad escisionaria a los socios o accionistas de la sociedad escidente, en proporción a sus participaciones en ésta, las que se cancelarán en caso de reducción de capital*” (proporcionalidad cualitativa).

La proporcionalidad cualitativa se produce cuando cada socio tiene luego de la escisión, en todas y cada una de las sociedades escisionarias, la misma participación proporcional que tenía en la sociedad que se escinde. La regulación legal, al exigir la proporcionalidad cualitativa, era acorde con la doctrina de la época de su sanción que conceptualizaba la escisión como un “*instituto jurídico consistente en una descentralización no empresaria... pero si organizativa*”³⁴⁶.

En rigor, la escisión debe cumplir siempre la regla de la proporcionalidad a fin de que los socios de la sociedad escidente mantengan el mismo patrimonio antes y después de la realización de la escisión, ya que en otro caso, no estaríamos hablando de la existencia de una escisión. En la escisión, hay proporcionalidad cuantitativa cuando los

³⁴⁶ Dictámenes DATyJ 18/85, DAT 30/2009 y DAT 54/2005 entre otros, en los cuales se justificaba la descentralización de actividades de la escidente en dos o más sociedades.

socios de la sociedad escidente reciben un valor proporcional en las escisionarias al que tenían en la escidente.

La finalidad de la escisión puede responder tanto a razones económicas como *ratione personae*³⁴⁷.

Es que no siempre la escisión es consecuencia de condicionamientos económicos. En numerosas ocasiones la causa puede hallarse en disfunciones de la propia estructura jurídica interna de la sociedad, que frustran el normal desarrollo de la actividad social, ante el enfrentamiento de dos o más grupos de socios con influencia decisiva en la dirección de la sociedad.

Los conflictos societarios son moneda corriente en nuestro medio y obedecen a una multiplicidad de causas que se potencian en las sociedades de familia. Favier Dubois señala como causas de conflicto propias de las empresas familiares las derivadas de los conflictos personales, confusiones de roles, políticas de frustración de dividendos, caja única y falta de claridad en las cuentas particulares, falta de planificación de la sucesión en los cargos y en la propiedad de las acciones o cuotas, elección de tipo inadecuado, informalidad e incumplimiento de normas imperativas³⁴⁸.

La existencia de profundas diferencias de criterio entre sus integrantes conlleva la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social y la paralización de los órganos sociales. *En varias sentencias nuestros tribunales han admitido la acción de disolución por la "imposibilidad sobreviviente de lograr el objeto para el cual se formó" (cfr. art. 94: 4, L. 19.550)*³⁴⁹.

Como alternativa a la liquidación de la sociedad cerrada o de familia, la escisión aparece como un mecanismo de solución que permite conservar la empresa en explotaciones separadas³⁵⁰. De tal forma los socios en discordia pueden desligarse pero continuar desplegando la actividad empresarial procediendo a escindir la empresa en explotaciones capaces de sobrevivir por separado como núcleos empresariales de las nuevas sociedades formadas por los integrantes de cada grupo³⁵¹.

En consecuencia, la escisión configura una solución a problemas internos de la sociedad escidente, en especial en sociedades de familia, donde las nuevas

³⁴⁷ OLEO BANET, F.: *"La escisión de la sociedad anónima"*, Ed. Civitas S.A, 1995, pp. 31/48.

³⁴⁸ FAVIER DUBOIS, E.M. (h): *"La agenda jurídica de la empresa familiar"*, en *"La empresa familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación"*. Ad-Hoc, Bs. As., 2010, p. 120.

³⁴⁹ "Minucci, Alicia Elvira c/ La Colonial Berazategui S.A.", CNCom, Sala E, 26/03/2010; "Urtubey, Jorge E. y Otro c/ Anschutz, Jorge A. y Otros", CNCom, Sala D, 8/04/2008.

³⁵⁰ OLEO BANET, F.: *"Ob. cit."*, p. 46.

³⁵¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J.: *"La escisión de sociedades"*, en: *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, Ed. Civitas S.A, 1978, p. 132.

generaciones asumen distintas conducciones mediante la asignación de distintas masas patrimoniales, generando nuevas relaciones entre los socios³⁵².

En otras palabras, la escisión puede resultar un mecanismo idóneo de concluir desavenencias, solución a intereses contrapuestos de los socios entre sí, resolución a conflictos sociales, etc., lo que configura una manera de subsistir en el antagonismo.

En definitiva, la escisión, cualquiera sea su tipo, incluso la escisión total al excluir la liquidación de la sociedad se inscribe claramente en el objetivo de conservación de la empresa que subyace en el ordenamiento societario (art. 100, LGS).

Esta práctica ha sido muy común en nuestro medio, especialmente en empresas agropecuarias revestidas bajo la forma de sociedades por acciones, cuando tras el fallecimiento del accionista mayoritario sus herederos procuran la división del patrimonio social.

La escisión empresaria fue admitida en nuestro medio a través de la Resolución 16/74 de la entonces Inspección General de Personas Jurídicas de la Nación, teniendo en cuenta *“los numerosos expedientes de escisión en los que no se respeta la distribución proporcional establecida en la segunda parte del artículo 88 de la ley 19.550, ya sea porque el reparto se hace solamente entre algunos de sus socios, quienes en compensación resignan su condición de tales en la sociedad que se escinde, o porque en la creación de dos o más sociedades las partes o acciones de cada uno de ellos se asignan separadamente a diversos grupos de la sociedad madre”*. La citada resolución estableció que *“no se observarán los casos de escisión cuando el reparto haya sido acordado en forma unánime por los socios, aunque no se haya respetado la proporcionalidad establecida por el art. 88 del decreto 19.550/72”*.

En la óptica de la citada resolución, la proporcionalidad cualitativa consagraba un derecho que se encontraba en el área de la disposición exclusiva del socio, sólo renunciabile con su consentimiento, resultando indisponible por la sociedad e inaplicable la regla de la mayoría.

El art. 179, NIGJ recoge esta doctrina al expresar que *“mediando decisión en asamblea o reunión unánime la atribución de las participaciones podrá no comprender a todos los socios de determinada o determinadas escisionarias y/o no ser proporcional”*.

Por su parte, el art. 172: b, DRLIG establece que *“... en el caso de la creación de una nueva sociedad o del fraccionamiento en nuevas empresas, (...) por lo menos el OCHENTA POR CIENTO (80%) del capital de la o las nuevas entidades, considerados en conjunto, pertenezcan a los titulares de la entidad predecesora”*.

³⁵² GAGIARDO, M.: *“Cuestiones societarias”*, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 277.

Pero no objeta la falta de proporcionalidad cualitativa pues, conforme surge de los dictámenes del organismo recaudador, no importa que los titulares de las entidades escisionarias integren juntos o separados cada nueva entidad, siempre que la sumatoria de los capitales de dichas entidades pertenezcan, por lo menos en un 80%, a los titulares del capital de la sociedad escidente.

La escisión cuantitativa permite repartir el patrimonio de una sociedad entre los socios, separando la titularidad de los bienes y las deudas entre ellos, de modo que sirve como un instrumento de reestructuración empresarial. De este modo se logra separar empresas entre socios que ya no están en situación de convivir empresarialmente y, por lo tanto, se protege la continuidad de las empresas.

Para ejemplificar una escisión proporcional organizativa supongamos que la sociedad escidente “X” S.A. tiene un patrimonio de \$ 10.000.000 que comprende una fábrica de cristales para automóviles y la comercialización de artículos deportivos (cestos de básquet, arcos de fútbol, etc.).

La asamblea de accionistas resuelve, mediante una escisión parcial propiamente dicha, destinar a la escisionaria “A” S.A. la actividad comercializadora, cuyo patrimonio es de \$ 4.000.000. El patrimonio de “X” S.A. antes de la escisión está compuesto de la siguiente manera:

	“X” S.A.	
Socio “a”	3.000.000	30%
Socio “b”	3.000.000	30%
Socio “c”	2.500.000	25%
Socio “d”	1.500.000	15%
	10.000.000	100%

Luego de la escisión, si se respeta la proporcionalidad cualitativa, la composición del patrimonio de las sociedades subsistentes será la siguiente:

	“X” S.A.		“A” S.A.	
Socio “a”	1.800.000	30%	1.200.000	30%
Socio “b”	1.800.000	30%	1.200.000	30%
Socio “c”	1.500.000	25%	1.000.000	25%
Socio “d”	900.000	15%	600.000	15%
	6.000.000	100%	4.000.000	100%

En la escisión *ratione personae*, en cambio, no se respeta la proporcionalidad cualitativa requerida por la LGS en la estructura de cada sociedad continuadora.

Partiendo de los mismos supuestos anteriores, una escisión *ratione personae*, o sea aquélla cuya finalidad es la separación de grupos de socios podría ser ésta:

	"X" S.A.		"A" S.A.	
Socio "a"	3.000.000	50%		
Socio "b"	3.000.000	50%		
Socio "c"			2.500.000	62,5%
Socio "d"			1.500.000	37,5%
	6.000.000	100%	4.000.000	100,0%

Por su parte, en materia impositiva también se admite la escisión *ratione personae*, pues conforme a la interpretación de la DGI, no importa que los titulares de las entidades escisionarias integren juntos o separados cada nueva entidad, siempre que la sumatoria de los capitales de dichas entidades pertenezcan, por lo menos en un 80%, a los titulares del capital de la sociedad escidente³⁵³.

1.1. La escisión *ratione personae* y la doctrina

En general, la doctrina salvo alguna excepción aislada acogió con beneplácito la Res. IGPI 16/74.

Zavala Rodríguez³⁵⁴ rechazó la Res. IGPI 16/74 considerando que la hipótesis planteada se separa de un requisito expreso (la proporcionalidad) previsto en el art. 88 de la ley, esencial para que exista escisión.

Por el contrario, Otaegui³⁵⁵ explicó que "*la atribución de las partes sociales de la escisionaria a los socios de la escidente... es un requisito natural pero no esencial del referido negocio jurídico*". También³⁵⁶, refiriéndose a dicha resolución, entendió que "*la argumentación y su solución se ajustan a las finalidades de la ley de sociedades, ello sin perjuicio de las eventuales repercusiones de orden fiscal, en la medida que pudiera entenderse que tal acuerdo unánime de los socios importa un convenio de transferencia de partes sociales o acciones entre las que tendrían que recibirse de acuerdo con la LS, art. 88 ya las que se reciben conforme a lo estipulado*".

Zaldívar sostiene que "*una vez establecido el derecho individual de cada socio bajo la regla de proporcionalidad, nada obsta a que en una etapa lógico-jurídica posterior e independiente aunque conste en el mismo instrumento y aún cuando ella sea motivo de condicionamiento respecto de la escisión misma los socios dispongan de sus derechos como mejor entiendan. Pero esa disposición implica no ya un acto societario,*

³⁵³ Entre otros Dictamen DATJ N° 19/85 y Dictamen DAT N° 19/2007.

³⁵⁴ ZAVALA RODRIGUEZ, C.J., "*Fusión y escisión de sociedades*", Depalma, 1976.

³⁵⁵ OTAEGUI J.C., "*Escisión y tipicidad*", ED 106-247.

³⁵⁶ OTAEGUI J.C., "*Fusión y escisión de sociedades comerciales*", Abaco, p. 251.

*sino un contrato entre los propios socios. Si dicho contrato se realizara por instrumento separado o posterior, es evidente que se requeriría el consentimiento de todos y cada uno de los socios en tanto se afectarían sus derechos. la instrumentación única de ambas etapas no altera este principio*³⁵⁷.

Por su parte, para Solari Costa³⁵⁸ “los acuerdos para alterar la relación estricta de cambio de sus participaciones, se mueve fuera del ámbito de la escisión como instituto societario... Pero esos acuerdos están desvinculados del procedimiento configurativo de la escisión; son actos particulares de los socios, celebrados fuera del ámbito de actuación orgánica de la sociedad... involucran actos que afectan derechos personales de los socios y no del ente social.” Incluso, consideró viable la repartición cuantitativa con la conformidad del socio afectado, aún sin que la decisión de escindir sea unánime.

Según Rodríguez Peluffo³⁵⁹ “cuando una sociedad se escinde el fin perseguido por dicha sociedad puede ser tanto la desconcentración de actividades... como la separación de grupos antagónicos de socios o con intereses diversos. Ignorar esta última manifestación del fenómeno de desconcentración económica significaría desconocer el instituto mismo de la escisión. Además este razonamiento es consistente con el principio de conservación de la empresa (art. 100, LS), pues de otro modo los accionistas serían obligados a disolver la sociedad y liquidarla.”

1.2. Naturaleza de la escisión razione personae

Existen tres teorías justificativas de la escisión *ratione personae*:

1.2.1. Acto parasocietario

Para una primer teoría la escisión *ratione personae* combina la escisión (acto corporativo o social) con un contrato de permuta de acciones o participaciones entre los socios (acto parasocietario). Es la teoría adoptada por la mayoría de la doctrina patria. En tal sentido, Solari Costa³⁶⁰ distingue entre la adjudicación de participaciones por vía

³⁵⁷ ZALDIVAR E., MANOVIL R.M., RAGAZZI G.E., ROVIRA A.M.: “Cuadernos de derecho societario”. Vol. IV. Abeledo-Perrot. Bs.As. 1980. p. 323.

³⁵⁸ SOLARI COSTA, O: “Fusión y escisión nacional y transnacional de sociedades”, Ad-Hoc, Bs.As., pp. 567 y sig.

³⁵⁹ RODRÍGUEZ PELUFFO, D.N., “La proporcionalidad en la atribución de acciones en la escisión”, ED 194-858.

³⁶⁰ SOLARI COSTA, O.: “Ob.cit.”, p. 567.

de la escisión, que tiene lugar conforme a la regla de proporcionalidad prevista en el art. 88: 3, LGS, y el acto adicional y accesorio de transferencia de participaciones, mediante el que se modifica la adjudicación resultante de la escisión.

Sin embargo, dicha justificación resulta sumamente peligrosa, pues requeriría el cumplimiento de los recaudos propios de la permuta. Por ejemplo, si la escisión se produce en el ámbito de una sociedad de responsabilidad limitada, debería cumplirse con el asentimiento conyugal (art. 470, CCCN); si en la asamblea que adoptó la resolución social asistieron apoderados de los accionistas, debieron contar con poderes de disposición.

También deberían analizarse las repercusiones fiscales de la permuta de acciones o partes sociales, gravada por el impuesto a las ganancias. Asimismo la disposición de acciones y participaciones está gravada en algunas jurisdicciones por el impuesto de sellos (por ejemplo en jurisdicción de la ciudad de Buenos Aires).

1.2.2. *Renuncia onerosa de los socios*

La escisión *ratione personae* implica un acto corporativo combinado con la renuncia de los socios a recibir las acciones o participaciones que les corresponden.

Es la teoría adoptada por la ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles de España, que prescribe que “*En los casos de escisión total o de escisión parcial con pluralidad de sociedades beneficiarias, siempre que no se atribuyan a los socios de la sociedad que se escinde acciones, participaciones o cuotas de todas las sociedades beneficiarias, será necesario el consentimiento individual de los afectados*”³⁶¹.

En rigor se trataría de una renuncia onerosa, figura admitida por la doctrina³⁶², puesto que el accionista renuncia a recibir acciones de alguna/s de las sociedades escisionarias a cambio de incrementar la cantidad de acciones a recibir de la/s restantes.

Esta teoría adolece del defecto de no contemplar, en el caso de escisión parcial, la posibilidad que algunos socios se retiren de la sociedad escidente. Adviértase que la norma refiere a la existencia de dos o más sociedades beneficiarias y que el consentimiento del socio afectado se refiere a las acciones que debe recibir de las beneficiarias, no a las acciones, participaciones o cuotas que le quedan de la sociedad escidente.

³⁶¹ Art. 76, Ley 3/2009 del 3/4/09.

³⁶² LLAMBÍAS, J.J., “*Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 4ª ed. actualizada*”, Buenos Aires, Perrot, 1996, t. III, pág. 150.

1.2.3. Acto corporativo complejo

En nuestra opinión, la escisión cuantitativa implica un acto corporativo complejo, que produce consecuencias tanto en el patrimonio social como en los socios que componen la sociedad escidente. Es la teoría adoptada por la legislación italiana³⁶³, que incluso admite la escisión cuantitativa sin el consentimiento del socio afectado.

1.3. Nuestra propuesta

Estimamos conveniente:

1.3.1. Incorporar la escisión *ratione personae* en la ley, pues como hemos visto, estos procesos no son observados por la autoridad de contralor pero no se hallan previstos legalmente.

1.3.2. Someter la escisión *ratione personae* al régimen de mayorías sin necesidad de la conformidad de los socios afectados. Tengamos presente que la disolución anticipada de la sociedad (art. 94: 1, LGS) puede aprobarse con las mismas mayorías de aprobación de la escisión y sus efectos pueden ser nefastos para la sociedad y la minoría.

1.3.3. Para mayor garantía de los accionistas disconformes, proponemos que la resolución asamblearia deba justificar que los mismos no se hallan perjudicados con el procedimiento. Asimismo el procedimiento debe prever que se acompañarse balance especial de escisión con informe del síndico y no un mero estado de situación patrimonial aplicando criterios de medición basados en los atributos que en cada caso resulten más adecuados para alcanzar los requisitos de la información contable (pertinencia, confiabilidad, sistematicidad, comparabilidad y claridad) y teniendo en cuenta el destino más probable de los activos y la intención y posibilidad de cancelación inmediata de los pasivos (Norma 6.2., RT 16, FACPCE).

ABREVIATURAS

DAT: Dirección de Asuntos Técnicos de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

DATyJ: Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos de la AFIP.

DRLIG: Decreto Reglamentario 862/2019 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

LIG: Ley de Impuesto a las Ganancias. Texto ordenado por Decreto 824/2019.

LGS: Ley General de Sociedades N° 19.550.

NIGJ: Normas de la Inspección General de Justicia aprobadas por la Res. IGJ (G) 7/15.

RT 16, FACPCE: Resolución Técnica 16 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales en Ciencias Económicas.

³⁶³ Art. 2506-bis del Código Civil italiano, modificado en el año 2006.

**PENSAMIENTOS SOBRE LAS SOCIEDADES DE BENEFICIO E INTERÉS
COLECTIVO
SOMOZA LÓPEZ, Gustavo**

1. Resumen:

Quiero con la presente traer a debate la temática de las sociedades de beneficio e interés. Asimismo pensar respecto al mejor modo de legislar al respecto reflexionar respecto a si es o no redactar una ley especial para regularlas, analizando las particularidades de las sociedades de beneficio e interés colectivo que no son un tipo social nuevo sino un grupo de sociedades que pueden incluir sociedades de distintos tipos e incluso pueden ser un elemento que ayude a las sociedades a tener más argumentos para conseguir consumidores de los bienes y servicios que produce dicha sociedad. Por ende deberíamos considerar la conveniencia de su regulación dentro de la ley general de sociedades, lo cual tiene una arista negativa cual es que respecto a dicho cuerpo normativo se impone una necesaria e inevitable reforma.

2. Encuadre teórico de las sociedades B:

Se trata de sociedades que no sólo persiguen el beneficio económico, sino también el beneficio social. Dicho impacto social positivo podemos definirlo como el compromiso de una organización en buscar y generar un impacto positivo o reducción de algún impacto negativo en la comunidad y el ambiente en que operan.

Buscan utilizar las fuerzas del mercado para dar respuesta a problemas sociales y/o ambientales de las comunidades en las que están insertas. Si bien en los últimos años se ha incrementado el compromiso del sector privado en términos sociales y ambientales (valga como ejemplo al respecto la denominada Responsabilidad Social Empresaria). Las empresas B se diferencian por perseguir la doble misión de generar utilidades razonables para sus socios y generar, mediante su actividad principal, beneficios sociales y/o ambientales, por ende amplían el deber de accionistas y administradores para incluir intereses no financieros, se comprometen a generar un impacto positivo en la sociedad y el medio ambiente, y a operar con altos estándares de gestión y transparencia, al tiempo que buscan el mejor rendimiento permitiendo la distribución de utilidades entre los socios.

Por lo indicado ut supra y con el fin de proteger legalmente esta doble misión ante eventuales cambios de administración, las sociedades B incorporan un compromiso de impacto social y/o medioambiental en sus estatutos.

Las sociedades BIC es un fenómeno que se da a nivel mundial y la expansión del modelo generó la necesidad de un marco regulatorio adecuado para este tipo de

organizaciones, así como también de instrumentos formales que faciliten su identificación por parte de los inversores.

En aquellos países en que están reguladas las sociedades B al integrarse a la comunidad, las sociedades pasan a formar parte de una gran red que les permite acceder a inversores, profesionales, nuevos clientes y grandes empresas que prefieren trabajar con empresas que cuenten con buenas prácticas, dado que en otros países ya se han generados redes de sociedades B exclusivamente que permiten, que actuando sinérgicamente, se potencien en el mercado donde actúan, lo cual otorga un doble efecto benéfico, cual es el eventual aumento de ganancias y el incremental de valor percibido por las acciones positivas en la comunidad donde actúan .

Hay más 200 empresas B en la Argentina, que pertenecen a 29 industrias y sectores diferentes -desde cosmética y moda hasta ganadería y todo tipo de servicios-, pero comparten tres características clave: definen su propósito; modifican sus estatutos, de manera de proteger el propósito, comprometer a sus accionistas a resolver el problema que declaran y tomar decisiones teniendo en cuenta las variables ambientales y sociales; y miden y gestionan su impacto y se comprometen a la mejora continua. La certificación de Empresa B es otorgada por B Lab, el único ente a nivel global que lo hace, una entidad sin fines de lucro de los Estados Unidos.

Aun sin regulación en esta red de sociedades B la Argentina cuenta con 46 empresas B certificadas en dicha red y muchas aún en proceso de acceder a la certificación. En los últimos años nuestro país experimentó un notable crecimiento: la cantidad de certificaciones casi se duplicó respecto de 2014, en nuestro país la mayor parte de las empresas B son pequeñas y medianas, y su facturación anual promedio en 2014 era de aproximadamente dos millones de pesos, si las sectorizamos se destacan las productoras de bienes con una porción del 39%, en tanto que las dedicadas al comercio alcanzan un 15%.¹

Analizando los distintos mercados donde este tipo de sociedades actúan podemos analizar los motivos que pueden servir de motor para que una sociedad se certifique como sociedad B, a saber:

- a) La certificación les permite proteger su misión social y/o ambiental ante eventuales cambios de Administración debido a la exigencia de modificar sus estatutos.
- b) La evaluación, dado que para mantenerse en el sistema de empresas B se las somete a las sociedades a evaluaciones periódicos, se convierte en una herramienta de mejora continua, que además permite a la empresa conocer las áreas en las que podría superarse. De hecho, al tratarse de una herramienta gratuita y disponible online, es consultada por empresas que no necesariamente están interesadas en certificarse.

La búsqueda de altos estándares de desempeño social y ambiental, responsabilidad y transparencia, tiene también un gran impacto económico. En Argentina, la comunidad de

Empresas B emplea a más de 18.000 personas y factura, en total, u\$s 1581 millones al año.

El hecho de formar parte de la comunidad de sociedades B hace que las sociedades integren una red mayor y no solo local que permite acceder a inversores, nuevos clientes y grandes sociedades que prefieren trabajar con empresas que cuenten con buenas prácticas.

Por ende las empresas obtienen beneficios intangibles en términos de difusión y posicionamiento. Para el caso de las Pymes, acceder a esta nueva tipología puede ser un elemento diferenciador que les permite generar una identidad propia, diferenciarse del resto y obtener una mayor cuota de mercado.

En el derecho comparado verificamos que el marco regulatorio para las sociedades B, legislación que típicamente distingue entre personas jurídicas con ánimo de lucro, que protegen el interés privado de los socios, y personas jurídicas sin fines de lucro, que buscan el interés público y general, si realizamos esa clasificación binaria podemos decir que las empresas B son sociedades mixtas que persiguen ambos propósitos: el ánimo de lucro y la búsqueda del interés colectivo o general.

Podemos citar como ejemplos normativos en otros países los siguientes:

a) En diversos estados de Estados Unidos de América incorporaron en sus legislaciones la figura legal de las Sociedades de Beneficio (Benefit Corporations) que es una regulación de la sociedad B o BIC.

b) En Italia se sancionó en el 2015 una ley específica para regular a las Società B.

c) En el Reino Unido se prevé una forma jurídica específica para las Community Interest Companies.

d) En el Canadá se prevé un tipo similar al encuadre de sociedades B descripto precedentemente y similar al de Community Interest Companies de Gran Bretaña.

e) En América Latina, hasta el último relevamiento que realice se elaboraron anteproyectos tales como el de nuestro país que será de análisis detallado en el presente, en Chile y en Colombia. En Chile se presentó un proyecto para la Regulación de Empresas Sociales que actualmente se está tratando en comisiones. El Grupo Jurídico B de Colombia, elaboró por su parte un proyecto para crear las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC).

A pesar de la importancia global que tienen las sociedades privadas, en América Latina el abordaje de las preocupaciones socio-ambientales se ha centrado tradicionalmente en el Estado y, en menor medida, en la sociedad civil. Es necesario que ello también este en los privados y haya un sistema de estímulos para ello.

Las sociedades B escapan a esta lógica y colocan al sector privado en el eje de la formulación de estrategias para enfrentar y resolver los principales problemas que afectan nuestras sociedades, constituyen un fenómeno emergente con un potencial de crecimiento, dicho potencial se funda en un contexto donde cada vez se demanda más compromiso del sector privado en temáticas sociales y ambientales, lo cual ya vimos en

las sociedades con un avance significativo hacia modelos de negocios en los cuales se incorporan políticas de Responsabilidad Social Empresaria.

En los países donde ya existen, las sociedades B e proponen desarrollar prácticas innovadoras y transformadoras de la cultura empresarial colocando las preocupaciones sociales y ambientales en un lugar central.

Las sociedades B constituyen entonces un ejemplo de cómo el sector privado puede desempeñar un papel protagónico en la solución de los problemas sociales y ambientales, lo que no tiene que eximir al Estado de su responsabilidad primaria en el abordaje de estos temas.

Ante ese estado de cosas se impone reflexionar respecto de la conveniencia o no de regular las sociedades B, donde incluiríamos dicha normativo en caso que la respuesta fuera afirmativa, finalmente considerar la pertinencia ante dicha hipotética regulación considerar incluir lo siguiente:

- a) Crear un nuevo tipo de figura jurídica, no digo tipo social, las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC).
- b) Las sociedades B tengan definido un triple objetivo: económico, social, ambiental y otro beneficio a la comunidad en la que actúa.
- c) Respecto a los administradores de las sociedades B además de la regulación incluida en los artículos 58 y 59 LGS, deberán considerar los intereses a mediano y a largo plazo de los actores vinculados al negocio, vgr. Socios, empleados, consumidores, la comunidad, el medio ambiente y todo otro derecho de incidencia colectiva.
- d) Respecto a la información que deberán brindar conforme a la normativa de los artículos 320 al 331 CCCN emitir informes periódicos a respecto a la siguiente temática:
 - Impacto social y ambiental positivo y verificable que se obligan a generar.
 - Auditorias que se implementen para verificar el cumplimiento de dichos objetivos de las sociedades B.

No se trata de un nuevo tipo social dado que todo tipo de sociedad, a mí entender, debería poder ser una sociedad B.

Al respecto estimo que la técnica legislativa más adecuada sería la de incluirlas en la LGS, máximo cuando lato sensu no es un nuevo tipo social sino un grupo que incluye sociedades de distintos tipos, dado que cualquiera de los tipos previstos en el capítulo II de la LGS puede ser una sociedad B o BIC, siempre que se ajusten a los requisitos que la regulación específica defina.

**TRANSFORMANDO LA PRÁCTICA JURÍDICA: DE ESTUDIO A EMPRESA
DE SERVICIOS LEGALES. SER AGENTE DE CAMBIO
SPAGNOLO, Lucía y POLETTI, Laura**

Sumario:

En estos últimos diez años hemos vivido un cambio trascendental en la práctica jurídica, que post pandemia se ha intensificado. Hay una mayor cantidad de Estudios y Profesionales de Especialidad, con presencia en Redes Sociales, hablando de temas jurídicos sobre los que prestan sus servicios, implementan tecnologías, se asocian. Nos preguntamos, que es eso que nutre de manera eficaz y eficiente esta nueva forma de comunicación y que es lo que nos puede hacer distintivas en el servicio.

Si hacemos un stop, desde la persona humana, ejerciendo liberalmente la Abogacía, y dada la conceptualización tributaria, al profesional del derecho se lo considera una una Pyme, y que en múltiples situaciones elabora de manera colaborativa con colegas y otros profesionales, estrategias.

Y estas nuevas formas comienzan a desafiarnos, cómo adaptar y potenciar nuestros Estudios/ Empresas a partir de las nuevas tecnologías, los cambios que más veloces y los objetivos a cumplir con la sociedad en ese compromiso cada día más consciente.

Entonces hoy, venimos a proponerles hacer una puesta en común, pensarnos y rediseñarnos, para mejorar nuestra propia máquina interna, fortalecernos desde nuestro interior como prestadores de servicios, y en el modo de hacer y ejercer profesional. De este modo, nos parece acorde este ámbito de derecho económico, comercial, en el que se habla y piensan las empresas, darle espacio a nuestros estudios puertas adentro, a los servicios jurídicos que brindamos y de ser más eficientes y eficaces al acompañar la vida de las personas y empresas, disfrutando esa pasión en el hacer.

Nuestro propósito es que la sociedad recupere la confianza en abogados y abogadas. Y esto nos lleva a transparentar aún mas el modo que elegimos prestar nuestros servicios, cómo nos organizamos internamente en una empresa.

Introducción:

Hemos trabajado en Jornadas Preparatorias altamente ricas con el contexto de la Empresa como eje fundamental, entonces cómo podemos llevar adelante un salto de calidad,

atendiendo a toda la tecnología con la que convivimos y mejoramos cada día, y que seamos los propios operadores jurídicos, los buffets o estudios, los que nos transformemos en una “Empresa de Servicios Jurídicos” en todos los ámbitos y no sólo desde la consideración tributaria. Con la mirada desde una gran ciudad, y desde el interior del interior de Argentina, sabiendo cual ha sido la base de nuestra profesión liberal independiente en la mayoría de las situaciones, esto es montar un estudio con su formato especial, con un abogado o abogada como líder o en equipo en algunos casos; Ahora, es el pensarnos como empresa. Somos Empresa, y podemos conformar una sociedad.

Este es un tema que en las ciudades más grandes del país está mejor resuelto o transparentado en los Estudios Corporativos, y puede darnos luz esta experiencia y reflejar para el interior esa mirada 360, con miras a la sostenibilidad y el crecimiento fructífero de nuestra Abogacía.

En el ámbito legal, donde en particular la tradición y la rigidez han sido pilares fundamentales, la adopción de una mentalidad empresarial está demostrando ser un impulso para la innovación y el crecimiento sostenible.

¿Nos animamos a dar un salto hacia el futuro y convertirnos en una auténtica empresa de servicios legales?

En este trabajo pretendemos explorar y abrazar esta mentalidad, que puede revolucionar la forma en que brindamos asesoramiento legal.

I. Definiendo la Transformación: De Estudio a Empresa:

El Estudio Jurídico Tradicional: La Definición que proponemos es a fines figurativos y para identificarnos hoy y ver a donde aspiramos llegar. Podríamos decir que un estudio jurídico tradicional es una entidad compuesta principalmente por profesionales de la abogacía, que ofrecen asesoramiento legal y representación a sus clientes. Generalmente, opera en una estructura más pequeña y suele centrarse en áreas específicas del derecho, sabemos cada día la necesaria especialidad que se nos requiere y lo que además, ha llevado a que necesariamente amplíemos a una labor con profesionales especialistas que conviven dentro o están fuera del propio estudio. Suelen ser pequeños en tamaño, con un grupo limitado de profesionales y personal de apoyo. Existe una relación cercana entre profesionales y clientes, lo que permite un trato más personalizado. Tienen mayor autonomía y toma de decisiones independientes, y su presencia es local o a lo sumo regional.

La Empresa de Servicios Jurídicos: Aquí proponemos una Definición preliminar, como aquella entidad que brinda una amplia gama de servicios legales, relacionados con la

gestión a nivel corporativo, empresarial, comercial, familiar y de las personas en general. Puede involucrar a profesionales del derecho y también, incluir otras disciplinas, profesionales y especialistas en gestión.

Características distintivas para dar lugar al análisis y la creatividad:

Característica	Estudio Tradicional	Empresa de Servicios
Jurídicos		
Tamaño	Pequeño/Mediano	Variado (puede ser grande)
Enfoque	Especializado	Integrado
Relación	Personal con clientes	Enfoque empresarial/servicios
Flexibilidad	Ágil y adaptable	Agilidad, Eficiencia y tecnología
Diversificación	Limitada	Amplia gama de servicios
Independencia	Mayor	Jerarquías más definidas
Localización	Local o regional	Puede ser internacional

II. El Desafío de la Innovación en el Sector Legal y algunas ventajas a destacar: El campo legal ha estado arraigado en la tradición y la formalidad durante mucho tiempo y sin dudas nos da bases sólidas para poder repensarnos a partir de allí. Sin embargo, el mundo que nos rodea cambia rápidamente, y nuestras soluciones legales deben adaptarse igualmente rápido. La mentalidad empresarial es contagiosa y muy rica para que la tomemos de ejemplo y práctica, implica un enfoque proactivo y orientado al cambio, permitiéndonos estar a la vanguardia de las tendencias legales y tecnológicas. Al adoptar esta mentalidad como metodología y hábito, podemos explorar nuevas formas de abordar casos, integrar la tecnología para una mayor eficiencia y, anticiparnos a las necesidades cambiantes de nuestros clientes.

A) La Sinergia entre Emprendimiento y Derecho:

Esa mentalidad empresarial, como nos gusta denominarla, no se limita solo a personas emprendedoras tradicionales. En el ámbito legal, podemos aplicar los principios empresariales para brindar un mayor valor a clientes y al mismo tiempo fortalecer nuestro propio negocio. Al adoptar una perspectiva de empresa, podemos identificar oportunidades de nicho, crear soluciones personalizadas y ofrecer un espectro más amplio de servicios legales, lo que, a su vez, se traduce en un crecimiento sostenible y una mayor satisfacción del cliente.

B) Clientes como Socios y Socias Estratégicos:

La mentalidad empresarial cambia la relación profesional y clientes. Más allá de ser prestadores de servicios legales, nos convertimos en socios o socias estratégicos en el éxito de quienes confían en nuestros servicios. Escuchamos atentamente sus necesidades, comprendemos sus desafíos y co-creamos soluciones que no solo resuelvan sus problemas legales o dolores jurídicos, sino que también coadyuben alcanzar sus objetivos comerciales y personales. Esta mentalidad centrada en clientes fomenta relaciones más sólidas, que también nos permiten descubrir nuevas áreas de colaboración y crecimiento mutuo.

C) La Importancia de la Innovación Continua:

El mundo empresarial nos enseña que la innovación y mejora continua son la clave para transformarnos en sostenibles y sustentables, crear valor y cumplir ese rol esencial.

Esto mismo, desde nuestro punto de vista, aplica absolutamente al ámbito legal, ampliándonos exponencialmente. La mentalidad empresarial nos empuja constantemente a buscar nuevas formas de hacer las cosas, a cuestionar el statu quo y a encontrar soluciones más eficientes y efectivas. Al abrazar esta cultura de innovación nos posicionamos como líderes en el campo legal, siendo agentes de cambio, y establecemos un estándar más alto para el sector productivo en su conjunto. Imaginemos puertas adentro de nuestro estudio diseñando un plan de servicios, encontrando nuestro nicho de mercado, planificando con solidez, con objetivos claros, estrategias de comunicación, construcción de marca, diferenciación de servicios, segmentación de clientes y proyecciones financieras.

Claro está que hay cuestiones fundacionales, fundamentales y que debemos proteger por sobre todo, y es el marco de Confidencialidad, Secreto Profesional en los Servicios: La ética en el modo de ejercer y la responsabilidad de administrar la información de nuestros clientes, pilares fundamentales para que la sociedad recupere la confianza en los abogados y abogadas.

Aquí se nos suma otra definición, que al decir de Eduardo Favier Dubois y Anaya (<https://favierduboisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/las-sociedades-de-profesionales-y-su-organizacion-como-sociedades-de-medios-con-actuacion-externa/>), cuando aludimos a Profesionales: se hace “referencia a aquellos sujetos que poseen un “título”, que los habilita para el ejercicio de una profesión y, al mismo tiempo, que se encuentran “matriculados” en un colegio o entidad que tiene a su cargo fijar y controlar las reglas del oficio, o sea a las “profesiones libres”.

D) Habilidades Blandas y “Salir de la Caja”

¿Qué hace que un abogado o abogada sea verdaderamente excepcional? Si bien el conocimiento jurídico es fundamental, las habilidades blandas son igualmente esenciales para triunfar en el mundo legal y prestar servicios jurídicos de calidad. En esta ponencia, exploraremos también cómo las habilidades blandas pueden revolucionar la forma en que nos

relacionamos con los clientes, colaboradores y colegas, y cómo podemos fomentar su desarrollo para impulsar el éxito profesional y el crecimiento del estudio jurídico. En un mundo legal cada vez más conectado, las habilidades blandas son la clave para diferenciarse en un mercado competitivo. Más allá de las leyes y los códigos, sus interpretaciones y especialidades, las habilidades de comunicación, empatía, negociación, armado de equipos y liderazgo, son fundamentales para establecer relaciones duraderas y exitosas con los clientes y otros profesionales.

Podemos destacar, entre otras, **la comunicación efectiva**, esa capacidad de comunicarse de manera clara y persuasiva, que es vital para presentar argumentos sólidos y comprender las necesidades de clientes. **La Empatía y Escucha Activa**: que nos permiten comprender los dolores jurídicos, preocupaciones de los clientes, y que sientan comprensión. **La Negociación**, que si bien es muy trabajada en nuestro ámbito aun necesitamos profundizar esta habilidad para negociar con astucia y encontrar soluciones mutuamente beneficiosas en la resolución de disputas. Quienes suscribimos la presente nos enrolamos en esa **Negociación Colaborativa**, que hace un nuevo modo de ver el Derecho y su rol en el logro de la Paz Social.

Si estamos hablando de una empresa o emprender este nuevo modo de ejercer, el **Liderazgo y trabajo en equipo**: esa capacidad de liderar equipos y proyectos, inspirar confianza y tomar decisiones informadas es fundamental para nuestro ámbito, recordemos también que una de las nuevas maneras de laborar, dentro o fuera de empresas, es con la participación en proyectos en el marco del Management Legal o Legal Operations, donde estas habilidades son condición necesaria.

Las llamadas “habilidades blandas” son el secreto mejor guardado para el éxito en la profesión legal. Al desarrollar estas competencias, podemos marcar una diferencia real en la vida de nuestros clientes, la empresa de servicios, nuestro estudio jurídico y la propia carrera. A medida que fomentamos su desarrollo y aplicación, estamos dando paso a una nueva generación de profesionales del derecho que no solo conocen de leyes, su interpretación o mejor modo de hacerlas valer, sino que también saben cómo comunicar, negociar y liderar con maestría.

E) Pasar a la Acción.

Aquí es fundamental, luego de darnos el tiempo de hacernos las preguntas claves (que abogacía queremos ejercer?, que valor agregamos a nuestros clientes?), pasar a la ejecución y poner en marcha un plan.

Tanto en mentorías para quienes inician la profesión, como para quienes necesitan redefinirse en el ejercer profesional, es viable un esquema a medida, que eventualmente dependerá del estatus actual y las proyecciones a las que queremos llegar.

En breves líneas dejamos ideas disparadoras de esta puesta en marcha, antes de adentrar en el mundo del análisis jurídico de la Empresa de Servicios y su alcance.

Etapa 1: Hacer un stop y las 3 P como me gusta llamarlas, Pensar, Planificar y Preparar (2-3 meses)

Mes	Tareas
1	Definir la visión, misión y valores de la empresa que somos o queremos ser. Identificar los servicios legales a ofrecer (especialidades). Realizar un análisis de mercado y competidores. Identificar el público objetivo (clientes ideales a nuestros servicios).
2	Crear un plan estratégico que incluya objetivos a corto, mediano y largo plazo. Diseñar una estructura organizativa (asociaciones claves) y roles. Definir estrategias de marketing, comunicación, contacto.
3	Establecer el presupuesto inicial, modo de llevar la contabilidad y registros. (Identificar necesidades tecnológicas y herramientas necesarias. Preparar los materiales de marketing y el sitio web/ redes sociales, formatos, etc.)

Etapa 2: Implementación y Lanzamiento (4-6 meses)

Mes	Tareas
4	Ver el esquema de colaboradores. Establecer políticas y procedimientos internos. Configurar sistemas tecnológicos, Inteligencia Artificial disponible y software o bases con los que queremos contar para los servicios (enlatados o a medida).
5	Lanzarnos, Establecer alianzas estratégicas con otros profesionales. Iniciar la atención a los primeros clientes con el nuevo modelo.
6	Monitorear el progreso y ajustar estrategias según sea necesario. Recopilar y analizar comentarios y vivencias de los clientes. Refinar los procesos internos para mayor eficiencia.

Etapa 3: Crecimiento y Consolidación (6-12 meses)

Mes	Tareas
7	Evaluar la viabilidad de la expansión de servicios o áreas de práctica. Establecer métricas clave de desempeño. Evaluar la necesidad de contratar más colaboradores.

8	Ampliar la cartera de clientes mediante estrategias de marketing y networking. Continuar recopilando comentarios y mejorando servicios (planes de mejora continua).
9	Evaluar la eficacia de las alianzas estratégicas y colaboraciones. Considerar la posibilidad de expansión geográfica o nuevas oficinas.
10	Evaluar la viabilidad de ofrecer servicios en línea o asesoramiento virtual. Explorar oportunidades para la diversificación de servicios en su formato.
11	Ajustar estrategias según los resultados obtenidos y los objetivos cumplidos. Considerar inversiones en marketing y publicidad para aumentar el alcance.
12	Celebrar el año de operaciones que se trate. Analizar el crecimiento, la rentabilidad y cumplimiento de los objetivos establecidos.

Recordemos que cada etapa y tarea requerirán una planificación detallada y una ejecución cuidadosa. Documentar el proceso y el razonamiento detrás de las decisiones tomadas utilizando el árbol de decisiones puede ser una valiosa herramienta, que además nos permita una comunicación transparentemente con los clientes y el equipo sobre cómo se toman estas decisiones. Este método que propongo puede variar según las circunstancias y recursos con los que contemos.

Y aquí, para terminar con esta etapa, es importante otra habilidad: el **mantener una mentalidad flexible y que adapta estrategias según las necesidades cambiantes del entorno**.

Valernos de asesores o de la experiencia de otros profesionales, siempre suma, sea en ámbitos legales, financieros y de negocios y también, puede ser muy útil al proceso de transformación, que nuestras propias empresas clientes lo vivan con en nuestro propio andar. Será que la empresa de servicios jurídicos puede ser multidisciplinaria?. Claro que sí, nos alineamos en esta perspectiva.

III. Desafíos y Consideraciones Legales. Romper mitos.

¿Nos animamos a hablar sobre nuestra propia Organización?

Ahora pasamos a los desafíos legales y regulatorios que pueden surgir al transformar el estudio en una empresa y, la naturaleza de esta empresa de servicios jurídicos, que tiene sus características especiales.

Y en la práctica del ejercicio del derecho y de las profesiones liberales, contamos con historia y antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales valiosos antes de la reforma del CCC en 2015. Por ello entendemos que los momentos actuales nos invitan a abordar cuestiones sobre el modo de ejercer, el asociarnos (clave por las especialidades, la necesaria co creación de estrategias y la multiplicidad de situaciones o dolores jurídicos que se presentan hoy en día y

permitido ya desde nuestra Carta Magna en el art. 14 y la libertad de asociarse con fines útiles), y de llevar adelante la publicidad de los servicios, saber analizar la real competencia, trabajar cada día en la protección de datos y la confidencialidad fundacional de nuestro hacer.

Necesitamos profundizar esquemas y ser creativos, para poder llevar adelante esa empresa que nos posiciona a la altura de lo que la sociedad requiere y utilizar el tipo y formato que sea más acorde a nuestra empresa de servicios legales.

En Argentina ha habido debates en relación con la posibilidad de que abogados y abogadas se asocien en sociedades de profesionales y aun en interprofesionales.

En este trabajo, queremos hacer énfasis que sí, hoy contamos con normas más claras aun.

Un primer diseño legal, impositivo y organizado es el Estudio o “**Empresa Unipersonal**”, liderado por profesional de la abogacía de manera individual e independiente. Allí podremos contar con colaboradores en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo y elegir asociarnos para casos puntuales con colegas. Y para el organismo impositivo, ser considerados una Pyme (pequeña o mediana empresa según su caracterización y sabiendo que en derecho no tenemos una definición de empresa y que es un concepto que no nos es fácil definirlo desde un solo lugar, dada esa multifacética organización de factores productivos y todas sus repercusiones que puede englobar una empresa).

Asimismo hoy contamos con el artículo **320 del Código Civil y Comercial, por el que se obliga a llevar contabilidad todas las personas jurídicas y a quienes realizan una “actividad económica organizada” o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de “servicios”**.

Luego del citado trabajo de Favier Dubois que trataba los diversos modos de asociarse, colaborar y diagramar los servicios cocreando, y que data de antes de la reforma de 2015, ya se nos proporcionaba fundamentos y herramientas.

Ahora **¿cómo encuadramos la actividad profesional de la abogacía con el Código vigente desde 2015?**.

A) Puntos distintivos del ejercicio de la Abogacía

Nosotras entendemos que prestamos servicios jurídicos bajo normas de colegiación y las éticas del ejercicio profesional, de eso no hay dudas. Nuestra labor es un servicio profesional con los deberes de profesionalismo, deber de confidencialidad y ética que la actividad requiere. Cumplimos con contrato y tenemos para con clientes, un compromiso que se traduce en una obligación de medios y no de resultados.

Nos diferenciamos de la diligencia y lealtad del “buen hombre o buena mujer de negocios” definido en el ámbito comercial, ya que parecería que el deber de ejercicio profesional aun va más allá.

Ya hemos debatido en estos ámbitos sobre el comerciante, si es que es un concepto obsoleto o se mantiene, y consideramos que literalmente podríamos asimilar nuestro rol profesional con el del empresario administrador de una sociedad comercial strictu sensu.

También necesitamos hacer mención al fin de lucro, y si el mismo existe en el ejercicio profesional y en consecuencia las características del honorario y su carácter alimentario de los honorarios, aunque existan los estudios organizados económica y comercialmente como empresas.

Contamos también con los Art. 104, 234 y 235 de la Ley de Concursos y Quiebras, que habilita ejercicio de tareas profesionales cuando el fallido es profesional, pues la quiebra no podría vedar el carácter alimentario de sus ingresos por honorarios.

B) Las formas Asociativas y en Colaboración

Si elegimos diseñar y operar en el emprendimiento con más profesionales de la abogacía, o de otras ramas afines vinculadas, sin dudas podríamos encuadrar como actividades civiles o al encuadrarlo comerciales no hay dudas es que estamos facultadas a celebrar contratos de colaboración, cooperación, participación y también conformar una sociedad conforme el art. 1 LGS y la Sección IV de la misma norma, y también elegir alguno de los tipos societarios e incluso su inscripción en IGJ (art. 57 Res. 7/2015), entonces ¿de qué modo nos sería más eficiente, rentable, en pos de un mejor servicio profesional? Será cuestión de analizar nuestro contexto, generar vínculos para colaborar y llevar adelante el emprendimiento o empresa, con esa mentalidad que hoy es necesaria.

C) Responsabilidad

En nuestro trabajo, bajo ningún punto de vista pretendemos una disminución de la responsabilidad o limitación, ya que no hay dudas de que la responsabilidad profesional es mancomunada por el propio ejercicio profesional, e ilimitada en sus efectos.

Además, recordemos que no se nos incluye como proveedores en el art. 2 de Ley de Defensa de Consumidores (aunque si por la publicidad que se haga de los servicios).

Sería distinto si lo que ofrecemos son productos vinculados a alternativas legales de solución, vinculadas a tecnología legal, servicios jurídicos vinculados a proyectos informáticos o bien, soluciones a empresas que requieran productos o programas desarrollados en entornos seguros, para su área jurídica, allí no cabe dudas, los tipos societarios vigentes en la ley general de sociedades y especiales como SAS, podrían aplicar perfectamente. Seguramente en estos proyectos o empresas, seríamos socios en una sociedad comercial y allí no habría inconveniente

alguno en la conformación de algunos de los tipos societarios regulados y no lo haríamos como profesionales en el ejercicio liberal.

Conclusión

La realidad hoy, es que estamos económicamente organizados, prestamos servicios mediante una obligación de medios, y las consecuencias son evaluadas por la Justicia Civil (cuando hay competencia distintiva entre Civil y Comercial como sucede en algunas Provincias), y también nos rigen las normas de ejercicio profesional mediante la Colegiatura.

Como pensarnos para brindar transparencia, y ser eficientes? , debatir nuestro propio sistema de organización, ¿podría hacer esto más confiable en el esquema de transparencia? Y ser ese ejemplo o “Talk The Walk” (Caminar el discurso) del que nos habla Tim Robbins, siendo voz de eso mismo que transitamos desde nuestro lugar, asesorando clientes que son empresa o pretenden serlo.

Ya Eduardo Favier Dubois nos había dejado el camino analizado, citando fallos y doctrina valiosos antes de la reforma. Las normas vigentes hoy, dan razón a su análisis y conclusiones proactivas innovadoras hace varios años atrás. Sin lugar a dudas es esta una invitación a retomar todas las herramientas con las que contamos ya de manera indiscutida, diagramar una Abogacía distintiva, Innovadora, transparente desde cada rincón y que aprendamos del sector empresarial, darnos el espacio de discusión y que marquemos la diferencia, mostrando calidad y transparencia en nuestra propia organización interna, con claras incumbencias profesionales.

LAS MATERIAS ARBITRABLES EN EL DERECHO SOCIETARIO

SCHNEIDER, Lorena R.*

1. La arbitrabilidad:

Arbitrabilidad es una cualidad de lo que es arbitrable, lo que significa "que es susceptible de ser arbitrado". Este término, aplicado a las materias (arbitrabilidad objetiva), indica la condición de una controversia que la hace susceptible de ser sometida a decisión de árbitros. Ello porque existen algunas para las cuales el recurso al arbitraje es prohibido, es decir, respecto de las cuales la jurisdicción de los tribunales judiciales es exclusiva³⁶⁴.

Se puede decir, por tanto, que la arbitrabilidad se refiere tanto a esa voluntad de apartamiento de la jurisdicción estatal (aspecto negativo) como a la posibilidad legal de que un conflicto surgido en una determinada materia contractual (o extracontractual) pueda ser resuelto por otra vía que no sea la judicial (aspecto positivo). La decisión de someterse a arbitraje no requiere ser examinada solo bajo el prisma de la arbitrabilidad, pues ya la ley lo reconoce y permite de antemano. Lo arbitrable sólo se puede predicar de la materia que constituye el núcleo de las obligaciones derivadas de un contrato (o de un ilícito civil). Y en el campo de la "libre disposición", será donde habrá que examinar si las relaciones que se establecen entre las partes contratantes deben atemperarse o no a normas de orden público. Es en ese examen donde pudiera tener su lugar la excepción de orden público (bajo el concepto de orden público económico) porque estaría afectando al núcleo del fondo del asunto, es decir, al núcleo del objeto de contrato. Se puede afirmar, por tanto, que *todos los contratos cuya materia sea de libre disposición, gozan de la condición de arbitrables*³⁶⁵.

*La presente Ponencia contiene fragmentos de la obra "*El arbitraje en disputas societarias*", SCHNEIDER, L, (en prensa, ed. Marcial Pons).

³⁶⁴ CAIVANO, R, *La expansión de la materia arbitrable, en dos recientes ejemplos que ofrece el derecho comparado*", El Derecho (ED), 23/08/2013, N° 13.306.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 18: "Sería paradójico sostener que un convenio arbitral no es válido para resolver un conflicto cuando la materia de la que surge ese conflicto es de libre disposición de las partes. Por tanto, la libertad contractual de las partes y la libertad de éstas de someter a arbitraje los posibles conflictos, marcan la línea que no puede ser traspasada por los jueces en su labor de supervisión de los laudos arbitrales (acción de anulación) y también en los casos en que se han de pronunciar sobre la existencia o validez del convenio arbitral (nombramiento de árbitros, declinatoria, ejecución de laudos)".

2. El principio de disponibilidad:

Para dilucidar esta cuestión debemos considerar que en el arbitraje societario la arbitrabilidad se circunscribe al reconocimiento del principio de autonomía de los socios fundadores para incluir en los estatutos las cláusulas que consideren oportunas, respetando las leyes y principios configuradores de la sociedad de que se trate; y, en segundo lugar, sometiendo a arbitraje las materias que sean de libre disposición conforme a derecho. La regla general es que las materias societarias gozan de tal carácter, y no lo harán cuando se afecten intereses particulares siguiendo, por tanto, el criterio que ya antes esbozamos sobre la materia³⁶⁶.

Es precisamente dentro del ámbito societario donde el arbitraje se presenta como el sistema ideal de resolución de conflictos o disputas. No obstante, la arbitrabilidad en materia societaria ha sido ampliamente debatida -y más aún rechazada-, sobre todo en el entendimiento de que en determinados supuestos estarían involucrados derechos indisponibles o el orden público escaparían de la órbita del proceso arbitral.

Resulta importante hacer notar que en Argentina el arbitraje societario si es *doméstico* se regirá por las normas contenidas en el Capítulo 29, del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), que regula el Contrato de arbitraje y, si fuera el caso y se tratase de un conflicto de naturaleza *internacional* se regirá por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, N° 27.449, sancionada en el año 2018.

El primer cuerpo de normas –el CCyCN-, con relación a la materia arbitral dispone en el art. 1649: “Hay contrato de arbitraje cuando las partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, de derecho privado *en la que no se encuentre comprometido el orden público*”. Ello para luego –en el art. 1650-, establecer taxativamente las materias excluidas (entre las que se cuentan: a) las que se refieren al estado civil o la capacidad de las personas; b) las cuestiones de familia; c) las vinculadas a derechos de usuarios y consumidores; d) los contratos por adhesión cualquiera sea su objeto; e) las derivadas de relaciones laborales). A ello debe añadirse, además, las controversias en que sean parte los Estados nacional o local, por cuanto quedan excluidas también.

El CCyCN contiene una serie de reglas sobre transacción, a las cuales cabría remitirse por aplicación del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación (CPCCN). Contrariamente a la regla del art. 849, del CCiv, el art. 1642, del CCyCN

³⁶⁶ VASQUEZ PALMA, M, *Revisión del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho societario (obligatoriedad y arbitrabilidad). Formulación de una propuesta en aras de la modernización*, *Ius et Praxis*, vol. 20, N 1, Talca, 2014. Fuente: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000100017>, p. 1.

establece que la transacción es “*de interpretación restrictiva*”. En cuanto a las restricciones, el art. 1644, del CCyCN prohíbe transigir sobre “*derechos en los que está comprometido el orden público, ni sobre derechos irrenunciables*”. Asimismo, el art. 1646 prohíbe hacer transacciones a: a) las personas que no puedan enajenar el derecho respectivo; b) los padres, tutores, o curadores respecto de las cuentas de su gestión, ni siquiera con autorización judicial y, c) los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones que confiere el testamento, sin la autorización del juez de la sucesión³⁶⁷.

Si la arbitrabilidad se determina con base en lo dispuesto en el CPCCN, habría que aplicarse el principio general consagrado en el art. 736³⁶⁸ y verificar si se da alguna de las circunstancias por las cuales, no siendo el derecho involucrado susceptible de transacción conforme a la ley civil, la materia devendría no arbitrable por aplicación del art. 737³⁶⁹.

Lo arbitrable –expresa Boggiano–, es aquello que puede ser objeto de transacción con renunciaciones recíprocas de derechos disponibles para las partes y, por ello, renunciables³⁷⁰. Si el objeto del contrato está dentro de las materias de libre disposición la consecuencia inmediata es que se está en presencia de una materia arbitrable y el conflicto que pueda surgir estaría bajo el paraguas de la arbitrabilidad entraría en el campo de competencia de los árbitros³⁷¹.

En lo que hace a la materia societaria, el objeto del arbitraje deberá ser un derecho disponible³⁷² relativo a la relación societaria. Se considerarán derechos relativos a la relación societaria aquellos que tengan por objeto la sociedad o un derecho que nazca o

³⁶⁷ CAIVANO, R – CEBALLOS RIOS, N, *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino*, Buenos Aires, ed. La Ley, 2020, p. 131.

³⁶⁸ Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el art. 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior. Art. 737: No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción. Fuente: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#21>.

³⁶⁹ CAIVANO, R – CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 132.

³⁷⁰ BOGGIANO, A, *Tratado de derecho internacional privado*, sexta edición actualizada, Buenos Aires, ed. Thomson Reuters - La Ley, t. I, 2017, p. XXXIV.

³⁷¹ GARCIA PAREDES, A, *El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 41, 2021, p. 18.

³⁷² En tal sentido resulta interesante el art. 2.1 de la [Ley española 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje](http://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf), que dispone: “*Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*” La propia Exposición de Motivos de la Ley, ésta no da un elenco de cuestiones arbitrables –como lo hace el CCyCN–, sino que parte del principio de la disponibilidad de las materias para fijar su arbitrabilidad o no. Fuente: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2003/BOE-A-2003-23646-consolidado.pdf>.

sea conexo a ella. El nexo lo constituye la materia societaria y no los sujetos-socios o el sujeto-sociedad. Esto quiere decir que los derechos que importan para determinar si estamos o no ante un arbitraje societario, y por tanto su arbitrabilidad, no son los derechos extrasocietarios (v.gr. los derechos de un socio como acreedor de la sociedad), aunque evidentemente sean socios los titulares de los mismos, sino que estos derechos deben tener su origen en las relaciones que surgen del contrato social³⁷³.

Pues bien, como puede verse, el CCyCN no excluye la materia societaria y se encarga expresamente de resguardar las cuestiones de derecho privado en las que se encuentre comprometido el orden público. Corresponde, por tanto, analizar los diversos supuestos que aquí se presentan.

3. **¿Qué materias societarias resultan arbitrables?:**

Como ha podido verse en el Derecho societario la jurisprudencia ha dado un salto cualitativo y reconoce actualmente la disponibilidad y la arbitrabilidad de las cuestiones societarias, además de la eficacia de las cláusulas arbitrales estatutarias. A la par de este reconocimiento, la jurisprudencia también se ha interesado en diferenciar conceptos que generalmente suelen llevar a equívocos, como son las normas imperativas o de *ius cogens*, propias del Derecho societario, la arbitrabilidad de la materia como disponible entre las partes del conflicto, o el cauce procesal escogido para la resolución de sus controversias³⁷⁴. Siendo ello así, el principio general consagrado por el art. 958, del CCyCN (*Libertad de contratación*), coherente con el art. 19, de la Constitución Nacional de la República Argentina, hace disponible todo derecho que no afecte más intereses que los de su titular³⁷⁵.

Sobre ese énfasis, se analizarán seguidamente las situaciones que pueden dar lugar a eventuales discusiones.

3.1. **La impugnación de acuerdos:**

³⁷³ FERNÁNDEZ DEL POZO, L, *¿Cubre la cláusula estatutaria de arbitraje las controversias sobre validez de la transmisión de acciones o participaciones? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 2000*”, en Anuario de Justicia Alternativa, Barcelona, Derecho Arbitral, Nro. 2/2001, Tribunal Arbitral de Barcelona, JM Bosch Editor, p. 137.

³⁷⁴ RODRIGUEZ ROBLEDO, M, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Mercantil, 2010, p. 49, fuente: <https://core.ac.uk/download/pdf/19714435.pdf>.

³⁷⁵ CAIVANO, R – CEBALLOS RIOS, N, cit., p. 132.

¿Es materia arbitrable la impugnación de acuerdos asamblearios? Precisamente, una de las materias más controvertidas ha sido la impugnación de acuerdos societarios en la vía arbitral. Si bien esta discusión se encuentra superada en el arbitraje internacional y, en el ámbito local, existen todavía algunos inconvenientes prácticos.

Se ha identificado como uno de los problemas de la impugnación de acuerdos societarios en sede arbitral el que los terceros legitimados para impugnar un acuerdo social no forman parte del convenio arbitral estatutario, por lo que deben acudir al Poder Judicial. Entonces, es posible que un mismo acuerdo societario sea impugnado, simultáneamente, en sede arbitral y judicial. Ante esta situación, la doctrina e, incluso, algunas legislaciones han propuesto soluciones para evitar esta duplicidad de procesos y los inconvenientes que ello implica. Principalmente, aquellas posibles soluciones consisten en extender los efectos vinculantes del laudo o permitir la intervención de los terceros legitimados en el arbitraje³⁷⁶.

Un hito importante –que ya tiene su tiempo–, es la sentencia del Tribunal Supremo español en caso “*Sugem S.A.*” estableció expresamente: “Esta Sala estima que, en principio, no quedan excluidas del arbitraje y, por tanto, del convenio arbitral la nulidad de la junta de accionistas ni la impugnación de acuerdos sociales; sin perjuicio, de que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes, no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo. Se tienen en cuenta varios argumentos: la impugnación de acuerdos sociales está regida por normas de “*ius cogens*” pero el convenio arbitral no alcanza a las mismas, sino al cauce procesal de resolverlas; el carácter imperativo de las normas que regulan la impugnación de acuerdos sociales, no empece el carácter negocial y, por tanto, dispositivo de los mismos³⁷⁷”.

De este modo, los Tribunales ordinarios no volverán a interferir en los procesos arbitrales sobre impugnación de acuerdos sociales, causando el retraso en la solución de los problemas, en contra de la voluntad manifestada por los socios. Por fin, las disputas

³⁷⁶ O’NEILL DE LA FUENTE, C, “*Arbitraje y terceros legitimados en la impugnación de acuerdos societarios en el Perú*”, THĒMIS-Revista de Derecho 77. enero-junio 2020. pp. 189-202. e-ISSN: 2410-9592, p. 190.

³⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1998, Número 355/98, recaída en el Recurso 455/1994, en “*Sugem Sociedad Anónima*”, Fuente: <https://vlex.es/vid/arbitraje-impugnacion-acuerdos-acto-245759>. Allí se agrega: “no son motivos para excluir el arbitraje en este tema, ni el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) que se refiere a jurisdicción nacional frente a la extranjera, ni el artículo 118 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737 y RCL 1990\206) que se refiere a la competencia territorial, ni se puede alegar, bajo ningún concepto, el orden público, como excluyente del arbitraje.”

originadas en esta materia, si los socios conscientemente así lo desean y pactan, podrán resolverse con las ventajas que son reconocidas al arbitraje: la especialización de los árbitros, la celeridad, la discreción o no publicidad, entre otras.

Así pues, la impugnación de los acuerdos sociales, en resumen, tan sólo podrá realmente someterse, con carácter general, a un arbitraje societario si el convenio arbitral se halla contenido en una cláusula estatutaria, de cuya inexcusable publicidad en el Registro mercantil depende, a juicio de un sector doctrinal la aludida sumisión arbitral dado que tanto en el caso de que el convenio no figure en los estatutos (pacto extraestatutario), como en el de que no se encuentre inscrito (pacto parasocial) no cabe el arbitraje porque dicho convenio sólo vincula a los firmantes y, por tanto, no puede surtir efectos frente a todos los socios³⁷⁸.

Al respecto, la sentencia en mención estableció los siguientes requisitos que debe cumplir el convenio arbitral: 1) todos los accionistas dieron su consentimiento al arbitraje, ya sea mediante una cláusula de arbitraje en los estatutos o por acuerdo separado; 2) todas las partes interesadas, es decir, todos los accionistas, directores gerentes y miembros de la junta de supervisión, si los hay, deben ser notificados del inicio del arbitraje y deben estar constantemente informados sobre el arbitraje y se les debe otorgar una oportunidad para participar activamente en el proceso; 3) todos los interesados deben tener la misma oportunidad de participar en la constitución del tribunal; 4) todas las disputas relacionadas con un acuerdo societario específico deben concentrarse en un solo arbitraje para excluir decisiones conflictivas³⁷⁹.

Ahora bien -en el marco del art. 251, de la LGS-, cabe indagar ¿qué ocurre si un socio inicia el proceso arbitral designando su árbitro o Tribunal? ¿Podrá su consocio iniciar su propio procedimiento arbitral de impugnación de la misma decisión social designando a otros árbitros? o ¿Deberá someterse a los ya designados?

En virtud de lo normado en el art. 253, de la LGS, salvo el supuesto de la medida cautelar a que se refiere el artículo anterior (252), sólo se proseguirá el juicio después de vencido el término del art. 251. Cuando exista pluralidad de acciones deberán acumularse, a cuyo efecto el directorio tendrá obligación de denunciar en cada expediente la existencia de las demás.

A partir de ahí, no es difícil concluir que los intereses que están en juego, cuya tutela se persigue a través de la acción de impugnación, tienen una naturaleza privada y patrimonial y son absoluta y perfectamente disponibles. Lo dicho se manifiesta en el plano procesal por la aplicación del principio dispositivo, que faculta a los legitimados para ejercitar libremente la acción, para configurar el objeto del procedimiento y, en su

³⁷⁸ *Ibidem*.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 192.

caso, para renunciar, transigir, desistir o allanarse, sin intervención de una instancia pública.

Sin embargo, el sometimiento arbitral de los acuerdos sociales, plasmado en un convenio, no supondrá -tal y como se ha encargado de matizar la doctrina procesal-, renuncia alguna a las normas procesales o cualquier otra norma de orden público.

3.2. Las acciones de responsabilidad social y retribución de los administradores. Remisión:

Podría considerarse que la acción de responsabilidad es de arbitrabilidad cuestionable al poderse interpretar como una medida de tipo sancionadora. Sin embargo, el objeto de dicho litigio es la determinación de si el órgano correspondiente (o las personas que lo conforman) incumple una obligación legal, estatutaria o una resolución del Consejo de Asamblea. Dado que se trata del cumplimiento de un deber legal contractual O corporativo, parece que la arbitrabilidad de la misma no se ve comprometida³⁸⁰.

Pues, como bien expresara el art. 38, del Decreto Ley 677/2001 (actual art. 46, de la Ley de Mercado de Capitales, N^o 26.631) resultan arbitrables *todas las acciones derivadas de la Ley N^o 19.550 y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos.*

Resulta entonces, indudable que el arbitraje en materia de sociedades abarca disputas cuya arbitrabilidad es pacífica, en especial, el incumplimiento del precontrato de sociedad, nulidad de la sociedad, valoración de las aportaciones sociales, o de las acciones o participaciones, realización de aportaciones y pago de dividendos pasivos, restricciones a la transmisibilidad de acciones y participaciones, responsabilidad y retribución de los administradores, exclusión y separación de socios, disolución y liquidación³⁸¹.

Así las cosas, se consideran arbitrable tanto las acciones de responsabilidad, como las de retribución de los administradores. La cláusula por la que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias de naturaleza societaria puede

³⁸⁰ Ibidem, p. 361.

³⁸¹ F. VICENT CHULIÁ, *ARBITRAJE DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. ACTO FINAL*.
FUENTE: [HTTPS://VLEX.ES/VID/ARBITRAJE-IMPUGNACION-ACUERDOS-ACTO-245759](https://vlex.es/vid/ARBITRAJE-IMPUGNACION-ACUERDOS-ACTO-245759).

involucrar no solo a los socios entre sí, sino, además, a los vínculos entre éstos con la sociedad o sus órganos.

No sucede lo mismo –expresa Balbín³⁸²-, respecto de la responsabilidad de los administradores para con terceros –acreedores sociales-, quienes no se encuentran obligados a someterse al arbitraje establecido en el contrato social. Respecto de la acción individual de responsabilidad, dado su carácter extracontractual y que atiende al perjuicio ocasionado a terceros, la cláusula arbitral tampoco les es oponible.

3.3. **Acciones de exclusión, disolución y liquidación:**

En los apartados anteriores ha quedado sentado ya que es doctrina pacífica la que establece que resultan arbitrables la acción de exclusión y separación del socio y las acciones de disolución y liquidación del ente social. La arbitrabilidad en tales supuestos -al igual que los restantes que se han analizado-, responde a la disponibilidad de los derechos. Los supuestos de exclusión o de separación del socio suponen cuestiones de derecho privado y, por tanto, de libre disposición por las partes.

Para el ejercicio de la acción de exclusión -conforme el art. 91, de la LGS-, si la exclusión la decide la sociedad, la acción será ejercida por su representante o por quien los restantes socios designen si la exclusión se refiere a los administradores. En ambos supuestos puede disponerse judicialmente la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue.

Esto último -la suspensión provisoria de los derechos del socio, por tratarse de una medida cautelar-, podrá ser dispuesta en sede arbitral por el o los árbitros que se hayan designado. Por demás, si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

En lo que hace a la disolución y liquidación de la sociedad, al ser materia disponible, resultan también perfectamente arbitrables. Ello virtud de dos puntos de vista: i) ante la existencia de uno de los supuestos configurados en el art. 94, de la LGS o, ii) por virtud de una decisión posterior por parte de los socios que incorpore o modifique la cláusula estatutaria. Esto último resulta posible en atención al régimen de mayoría societaria y de la autonomía de la voluntad.

4. **Conclusiones:**

³⁸² S. BALBIN, S, *Ejercicio de la acción en materia societaria*, Buenos Aires, ed. Cátedra jurídica, 2022, p. 418.

El panorama comparado de los últimos años muestra la clara apertura de una senda hacia la consolidación de una auténtica cultura arbitral no exenta de dificultades. Superado el periodo de enfrentamientos entre modelos económicos donde, curiosamente, el arbitraje comercial internacional jugó un importante papel como instrumento de cooperación pacífica entre los pueblos, la actual etapa de globalización da una idea aproximada del desarrollo de la institución en todos los ordenamientos jurídicos³⁸³.

Así, la situación evidencia que el arbitraje es una de las materias jurídicas en las cuales el Derecho comparado ha desarrollado una labor más completa dentro de las distintas funciones que es llamado a desempeñar; más exactamente las reglas que se desprenden de la aplicación de la metodología comparada son susceptibles de responder a todas las cuestiones que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros y de satisfacer a las exigencias de previsibilidad en las controversias mercantiles. No obstante, todos los esfuerzos anteriores, en general en América Latina existía un gran obstáculo para fortalecer el uso y la práctica de la institución que estamos estudiando. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje. La adopción de leyes modernas de arbitraje fue sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno, todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales. Las Leyes de arbitraje ya existen y a su promulgación contribuyó un interés empresarial basado en un ambiente favorable para proponer en los acuerdos de arbitraje a su propio país como sede de futuros arbitraje³⁸⁴.

En lo que hace al Derecho de sociedades esta relación se acentúa, en importancia y utilización, en tanto allí se advierte la ineficacia del sistema judicial para resolver adecuadamente -ello es en el tiempo y forma que requiere la actividad mercantil-, los conflictos que se dan en el seno societario. Las causas que a ello pueden atribuirse son de índole variada: excesiva dilación de los procesos, extensos plazos, excesivos rigorisimos muchas veces injustificados, falta de especialización de algunos jueces en la materia societaria, falta de modernización y *aggiornamento* de la justicia y del derecho de sociedades, entre los más importantes. Todo lo mencionado demuestra que la justicia ha dejado ya -definitivamente-, de ser un modo adecuado o eficaz de resolución de controversias.

Es evidente que en no pocas ocasiones la parsimonia y lentitud de la jurisdicción estatal (que de forma escrupulosa trata de hacer efectivas las garantías procesales a través de variadas posibilidades de recurso interlocutorios y de comunicaciones y

³⁸³ FERNANDEZ ROZAS, J, *El convenio arbitral...*, cit., p. 698.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 699.

traslados de actuaciones a las partes) impide o retrasa el funcionamiento normal de las empresas y sociedades que no pueden estar durante años a la espera de la resolución definitiva y posteriormente de la ejecución forzosa en su caso³⁸⁵. Aquí es, pues, donde cobra importancia el arbitraje y, en particular, el arbitraje societario.

³⁸⁵ GARCIA PAREDES, A, *El Arbitraje, ¿tutela judicial o tutela jurídica? (una visión post-judicial)*, Revista del Club Español del Arbitraje, Nro. 41, 2021, p. 17.

Subtema 2:
La sociedad y los administradores

**LA CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD Y SU LEGITIMACIÓN PARA
ACTUAR. FUNCIÓN DEL OBJETO SOCIAL
ACQUARONE, María T.**

La capacidad es una calidad del sujeto, o sea una idoneidad genérica para obrar, en tanto que la legitimación es una idoneidad específica para obrar. Al sujeto sociedad le corresponde una capacidad general. El órgano no tiene capacidad, sino que tiene competencia. El órgano tiene competencia porque tiene las posibilidades de actuar que le da el orden jurídico general y el orden jurídico particular, de ahí que la competencia del órgano va a estar limitada al objeto.

El objeto social sirve como mecanismo de imputación sin delimitar la capacidad de derecho de la sociedad, ni siquiera frente a los actos notoriamente extraños al objeto social, ya que en este último caso habrá un defecto de legitimación pero no de incapacidad. El vehículo de imputación de los actos a la sociedad utiliza el parámetro del objeto social, protegiendo a los terceros contratantes al disponer que únicamente la sociedad será responsable, si el acto celebrado por el representante legal fuere notoriamente extraño, es decir, que la exorbitancia no haya sido inadvertida por el tercero. Ello no importa limitar la capacidad genérica de la sociedad, la cual se considera amplia y no limitada al objeto previsto

El objeto social entonces sirve como mecanismo de imputación sin delimitar la capacidad de derecho de la sociedad, ni siquiera frente a los actos notoriamente extraños al objeto social, ya que en este último caso habrá un defecto de legitimación pero no de capacidad. Los actos celebrados a título gratuito pueden ser realizados válidamente por la sociedad y solo podrán ser impugnados por ésta y por el periodo de prescripción de las deudas que la sociedad contraiga

Sumario: 1 Personalidad jurídica de la sociedad. Su relación con el objeto social. 2 Legitimación del representante (para obligar a la sociedad) / Imputación del acto a la sociedad 3. Artículo 58 de la Ley 19.550 (LGS). 3.1 Importancia del objeto social. 3.2. Actos notoriamente extraños al objeto social.

Capacidad y legitimación.

1 Personalidad jurídica de la sociedad. Su relación con el objeto social.

El Código Civil y Comercial, a diferencia del Código de Vélez no da una definición general de “persona”, sino que regula todo lo relativo a la ahora llamada “persona humana” en los artículos 19 a 140, y sí brinda una definición positiva de la “persona jurídica” en el

artículo 141, al disponer: “Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”; en los artículos siguientes trata el comienzo de la existencia, la personalidad diferenciada, el nombre, el domicilio, pero no regula específicamente acerca de la capacidad de la persona jurídica, más que en la definición que da en el artículo 141, como sí lo trata expresamente para las personas humanas.

Criticamos la parte final del artículo 141 CCCN que limita la capacidad, la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, pues implica un retroceso tal que ni siquiera puede contentar a los defensores de la teoría del *ultra vires*.

La cuestión de la capacidad se relaciona con la naturaleza jurídica de las personas jurídicas.³⁸⁶

2 Legitimación del representante (para obligar a la sociedad) / Imputación del acto a la sociedad.

Es importante distinguir la capacidad del sujeto de la legitimación para actuar de sus representantes.

Cuando nos referimos a la capacidad de las personas jurídicas aludimos a la capacidad de derecho, que es el atributo de la personalidad, persona y capacidad son conceptos que se integran y requieren. La capacidad es una calidad del sujeto, o sea una idoneidad genérica para obrar, en tanto que la legitimación es una idoneidad específica

³⁸⁶Francisco Alberto Junyent Bas y Efraín Hugo Richard, recorren la larga historia en el pensamiento de los juristas sobre de la persona jurídica como categoría del derecho. “La conceptualización en torno a qué debe entenderse por persona jurídica fue largamente debatida por la doctrina y a su alrededor surgieron teorías conocidas como: a) de la ficción, que entiende que las personas jurídicas tienen existencia meramente ideal, constituyendo ficciones creadas por el legislador; b) las que las relativizan, negando la personalidad jurídica a entes distintos de los seres humanos, centrandose en éstos la atribución de la titularidad de los bienes, con visión organicista y apuntando a la autorización para el otorgamiento de personería jurídica; y c) sistema de la realidad, que, si bien no discute el punto de vista filosófico de los seres humanos, entiende que el reconocimiento de la personalidad de derecho es una realidad de los fenómenos sociales. Más modernamente el pensamiento se inclina hacia una posición normativista y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extra normativo para la configuración de la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de política legislativa y de técnica jurídica, con diferentes soluciones: simple sujeto de derecho y personalidad a los entes con responsabilidad limitada de los socios.” JUNYENT BAS, Francisco Alberto – RICHARD, Efraín Hugo “Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”, Para la publicación de la Academia en relación al V Congreso de Derecho Civil, Córdoba septiembre 2009.

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/acerca-de-la-persona-juridica.-a-proposito-de-los/at_download/file

para obrar. Al sujeto sociedad le corresponde una capacidad general. El órgano no tiene capacidad, sino que tiene competencia.³⁸⁷ El órgano tiene competencia porque tiene las posibilidades de actuar que le da el orden jurídico general y el orden jurídico particular, de ahí que la competencia del órgano va a estar limitada al objeto.³⁸⁸

El objeto social sirve como mecanismo de imputación sin delimitar la capacidad de derecho de la sociedad, ni siquiera frente a los actos notoriamente extraños al objeto social, ya que en este último caso habrá un defecto de legitimación pero no de incapacidad. El vehículo de imputación de los actos a la sociedad utiliza el parámetro del objeto social, protegiendo a los terceros contratantes al disponer que únicamente la sociedad sea irresponsable, si el acto celebrado por el representante legal fuere notoriamente extraño, es decir, que la exorbitancia no haya sido inadvertida por el tercero. Por supuesto, según nuestro criterio ello no importa limitar la capacidad genérica de la sociedad, la cual se considera amplia y no limitada al objeto previsto.³⁸⁹

Estos temas de capacidad o imputación tienen un aspecto jurídico concreto: un acto aparentemente extraño al objeto social, cumplido o a cumplir por el administrador social, ¿puede o no ser ratificado por el órgano de gobierno? Si es un problema de capacidad no, debería eventualmente modificarse el objeto social para realizarlo en el futuro. Si es un problema de imputación podría ser autorizado por el órgano de gobierno, sin perjuicio de los derechos de los socios disidentes si probaran que se intenta violar la disposición que les permite ejercer receso por cambio de objeto.³⁹⁰

³⁸⁷RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel. "Derecho Societario". Editorial Astrea, 2ª ed., Buenos Aires 2007 especialmente Capacidad o imputabilidad página 283, con cita parcial de DONATI *La invalidez de las deliberaciones de las asambleas* p. 157 citado por COLOMBRES. Gervasio *Curso de Derecho Societario parte general*, p. 147 notas 14 y 16, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot. Citas de RICHARD, Efraín Hugo en "Objeto social (comercial o civil de sociedad civil o comercial, y lo importante)". En libro homenaje al jurista rosarino Prof. Dr. Juan M. Farina, Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de su Instituto de la Empresa (febrero del 2008).

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/objeto-social-comercial-o-civil-de-sociedad-civil/at_download/file

³⁸⁸ ACQUARONE, María y PRISLEI, Cinthia V. "Representación de las personas jurídicas societarias" en "Curso de derecho societario profundizado: una visión actualizada de las temáticas modernas" MASRI, Victoria S. (coordinadora), páginas 148 y 149. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1º Edición, 2010.

³⁸⁹ BENSEÑOR, Norberto R. "Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social". En Revista del Notariado, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, nº 894, octubre-diciembre 2008, página 37. Trabajo presentado en el marco del LV Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira" realizado en Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, junio 2008.

³⁹⁰RICHARD, Efraín Hugo "Objeto social (comercial o civil de sociedad civil o comercial, y lo importante)". En libro homenaje al jurista rosarino Prof. Dr. Juan M. Farina, Miembro

3 Artículo 58 de la Ley 19.550 (LGS).

3.1 Importancia del objeto social.

Uno de los criterios fundamentales para determinar la imputación de los actos de los representantes a la sociedad está basado en el objeto societario. En tal sentido, el art. 58 de la L.S.C.³⁹¹ dispone que el administrador o el representante que según el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social.

La función jurídica inmediata del objeto societario es fijar los límites dentro de los cuales deben desenvolverse los órganos societarios, al llevar a cabo y dirigir la actividad de la sociedad. Si bien los representantes de la sociedad obligan a ésta por los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social, esto no implica que tales representantes tengan una autorización para actuar fuera del marco del objeto social, en tanto no lo hagan en materias notoriamente extrañas a éste. Los representantes son siempre responsables frente a la sociedad por los actos que queden fuera del objeto societario, en tanto dañen a aquélla; podrán esos actos vincular a la sociedad, en virtud del art. 58 de la L.S.C., pero ello no hará sino dar origen a la responsabilidad de los administradores y representantes frente a la sociedad, por las obligaciones impuestas a ésta fuera de lo autorizado por el objeto social. El art. 58, segundo párrafo, de la L.S.C. efectúa nítidamente la distinción de los efectos de los límites que inciden sobre la representación de la sociedad, frente a terceros y en el ámbito interno de la sociedad, al disponer que las facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción.

La función del objeto societario en relación con la representación societaria debe ser apreciada en función de la doctrina del *ultra vires*, que es rechazada por el sistema adoptado por el art. 58 de la L.S.C. pues bajo él existen actos que obligan a la sociedad, aun cuando se hallen fuera del objeto de ella, en tanto no sean "notoriamente extraños al objeto social". Respecto de tales actos, la función del objeto social es, por una parte, fijar un límite, traspasado el cual esos actos no obligan a la sociedad; ese límite no lo constituye el objeto social en sí, sino los actos que no son notoriamente extraños a éste. Desde otro ángulo, los administradores y representantes serán responsables de los daños causados por los actos

Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de su Instituto de la Empresa (febrero del 2008)

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/objeto-social-comercial-o-civil-de-sociedad-civil/at_download/file

³⁹¹ El citado autor utiliza la sigla "L.S.C." para referirse a la ley 19.550 originariamente denominada "Ley de Sociedades Comerciales". A partir del 01/08/2015 en función de la Ley 26.994 pasó a denominarse "Ley General de Sociedades" (L.G.S.).

que, aunque ajenos al objeto, obligan a la sociedad por no ser notoriamente extraños a dicho objeto, según lo prevé el art. 58, segundo párrafo, de la L.S.C.

Hay que distinguir la función interna y la función externa del objeto social. Internamente, el objeto social representa un factor de seguridad para los propios socios, anticipando los rubros que la sociedad se propone desarrollar, en cuyo caso compromete a los administradores sociales a invertir consecuentemente los aportes recibidos. Este rol de garantía opera, desde el inicio, enunciando que los fondos sociales “deben ser” empleados en operaciones que respondan a las previstas en la constitución de la sociedad y no a otras.

Externamente, frente a los terceros, el objeto sirve de parámetro para obligar a la sociedad, en tanto quien representa a la sociedad obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social (artículo 58). Por supuesto, ello no impide que la sociedad pueda ejercer actividades ajenas a la explotación de la sociedad (artículo 63, inciso I, apartado d) o invertir dentro de los límites permitidos en otras sociedades (artículo 31) lo cual comprometerá a la misma, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores.

Por otra parte, el objeto social sirve como parámetro de situaciones societarias de trascendencia, como el hecho de ser utilizado por el artículo 58 para definir el mecanismo de imputación de los actos a la sociedad, o cuando conforme el artículo 94 inciso 4, se atribuye al cumplimiento o la imposibilidad sobreviviente de cumplir el objeto, la causal de disolución o la calidad comercial del objeto somete a las sociedades de hecho a las disposiciones de la ley 19.550 y cuando el cambio fundamental de objeto requiere mayoría especial de acuerdo con el artículo 244 otorgando derecho de receso conforme lo dispone el artículo 245³⁹².

3.2. Actos notoriamente extraños al objeto social.³⁹³

Las diferentes categorías de actos que pueden plantearse frente al objeto:

- a) *Actos vinculados*
- b) *Actos vinculables*
- c) *Actos no vinculables*

³⁹² BENSEÑOR, Norberto R. “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”. En Revista del Notariado, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 894, octubre-diciembre 2008, páginas 38 y 39. Trabajo presentado en el marco del LV Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira” realizado en Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, junio 2008.

³⁹³ BENSEÑOR, Norberto R. “Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social”. En Revista del Notariado, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 894, octubre-diciembre 2008, páginas 39, 42 a 44. Trabajo presentado en el marco del LV Seminario Teórico Práctico “Laureano Arturo Moreira” realizado en Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, junio 2008.

a) *Actos vinculados* son los comprendidos naturalmente dentro del objeto social, siendo inclusive compatibles con los conceptos de precisión y determinación del mismo. La actuación del representante orgánico (artículo 58) es suficiente para el mecanismo de imputación. La inclusión del acta del órgano colegiado de administración, si existiese (ej. acta de directorio) no integra la representación

b) *Actos vinculables* son los actos que sin estar enunciados categóricamente y expresamente en el objeto, se relacionan con el mismo. Generalmente se trata de actos necesarios, conducentes y finalmente compatibles con el objeto social, razón por la cual se acomodan dentro de la flexibilidad con que debe interpretarse el objeto preciso y determinado, inserto en el contrato o estatuto, el cual no requiere una enunciación concreta de todos los actos imaginables que pueden ejecutarse. A todo evento integran estos actos el proceso de cumplimiento del objeto. La actuación del representante orgánico (artículo 58) se juzga suficiente para el mecanismo de imputación. La inserción del acta del órgano colegiado de administración, si existiese (ej. acta de directorio), se convierte en este caso en un instrumento de evidente utilidad para fijar la conexidad.

c) *Actos no vinculables* son los actos extraños al objeto social. Estos actos no guardan grado de compatibilidad con la categorización del mismo. Están ubicados en el límite extremo del mecanismo de imputación societaria. Dentro del concepto expresivo del artículo 58 es menester distinguir dos subcategorías:

c1) *Actos extraños al objeto social*, su contenido es diferente al expresado en el objeto social, pero esta extraneidad no resulta evidenciada en forma patente y ostensible para quienes no integran el elenco social. Son los casos de negociaciones en rubros ajenos a la actividad social, las inversiones que excedan una razonable y prudente actividad (advértase que la temática de inversiones ajenas a la explotación de la sociedad está contemplada como modo de operatividad al ser mencionada expresamente entre los rubros del activo, artículo 63, inciso 1 de la ley 19.550, al igual que la toma de participaciones en otras sociedades –artículo 31– dentro de los límites legales).

c2) *Actos notoriamente extraños al objeto social*, en este caso el contenido del acto no sólo es disímil al expresado en el objeto social, sino que la percepción de esta característica es, para el tercero, directa, ostensible y patente. Son hipótesis donde además de no guardar vinculación, el acto involucra una verdadera desviación de la propia categorización del contrato. Pueden incluirse en esta categoría también los actos totalmente gratuitos³⁹⁴. En estos casos la actuación del representante orgánico (artículo 58) es insuficiente. El mecanismo de imputación no se produce. No llega a ser suficiente, inclusive la agregación del acta que acredite la deliberación previa del órgano de administración, ya que este es incompetente por la organización interna para adoptar tal resolución

Como consecuencia de lo expresado la sociedad puede celebrar actos gratuitos como medio de cumplir su objeto o finalidad (cesión de espacios en loteos para calles,

³⁹⁴Conf. Benseñor, N.R. "Donaciones societarias". Revista Notarial del Centenario, Año 1993.

edificios públicos, sponsorización, creación de fundaciones, gratificaciones a personal, obsequios y otros). Una donación de bienes sin estos fundamentos sería un acto notoriamente extraño al objeto social que a nuestro juicio podría resolverse mediante acuerdo unánime adoptado por todos los socios o accionistas en asamblea. Los actos gratuitos podrían ser impugnados por los acreedores de la sociedad y durante el periodo en que no opere la prescripción liberatoria ya que una vez que los créditos están prescritos no habría ninguna posibilidad de impugnación. De modo que en el análisis de los antecedentes los actos celebrados a título gratuito son válidos y no son susceptibles de ser impugnados después de los 5 años en que opere la prescripción liberatoria

**CONFLICTOS ENTRE LOS ADMINISTRADORES, LOS SOCIOS Y LA
SOCIEDAD COMO CONSECUENCIA DE LAS CONTRADICCIONES ENTRE
NORMAS CONTABLES, JURÍDICAS Y SU APLICACIÓN
JURISPRUDENCIAL
BARRAU, María**

RESUMEN. Estamos convencidos de la existencia de contradicciones entre las resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, las normas legales y su aplicación jurisprudencial que llevan a los administradores a confeccionar los estados contables en contradicción con su obligación de buen hombre de negocios y por ende perjudicando a la sociedad. En nuestro país existen normas contables y jurídicas para un país imaginario, consideramos que esto se debe modificar, sincerar para avizorar una auténtica realidad empresarial

**I.-CONTRADICCIONES ENTRE LAS NORMAS CONTABLES Y
JURÍDICAS QUE CONLLEVA A OBLIGAR A LOS ADMINISTRADORES A
ACTUAR CONTRARIO A LA LEY Y POR ENDE EN PERJUICIO DE LA
SOCIEDAD**

Con la Vigencia del Código Civil de Vélez Sarsfield el artículo 617 de tal cuerpo normativo establecía el trato que debía darle a la obligación en moneda extranjera.

En nuestro país tenemos altos grado de inflación, sin perjuicio de la aplicación de la ley 23.928. Esta normativa, que prohíbe la indexación, solo podría ser justa en un país ilusorio en el cual no convivieras con la inflación. Toda esta situación lleva al incumplimiento de sus obligaciones por los obligados al pago y mayor litigiosidad. Por ende, los Deudores, omiten intencionalmente cumplir con sus obligaciones. Mientras tanto, es imperioso que los Jueces cumplan su función reconociendo —como históricamente lo hizo la CS "... el reajuste del capital en función de la desvalorización monetaria". Situación que los presentes jurisprudenciales están realizando.

Los administradores tienen la obligación de confeccionar los estados contables según las resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas, las cuales en algunos aspectos se distancian de la realidad y por ende de la veracidad.

Nos cuestionamos, de qué manera se puede compatibilizar la obligación de los administradores de obrar como un buen hombre de negocios en los términos del artículo 59, 274 de la ley general de sociedades con las resoluciones técnicas de los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas al momento de plasmar las operatorias societarias.

II.- MONEDA EXTRANJERA.

1.a. Primer etapa. El Código Civil de Vélez Sarsfield establecía que para el caso que la obligación se hubiere estipulado en moneda que no sea de curso legal en la República, debía considerarse como de dar “cantidad de cosas”.

1.b. Segunda etapa: En el año 1991 la ley de Convertibilidad del austral bajo el número 23.928 modificó el mencionado artículo 617 del CC, suplantando el concepto de “cantidades de cosas” por el de “cantidades de sumas de dinero”.

1.c. Tercera etapa: Comienza con la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación sancionado bajo Ley n°26.994 en el año 2015 que en el artículo 765, reza: “La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal”.

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil desarrolladas en la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca) en octubre de 2015, Se plantearon un conjunto de consideraciones sobre dicha normativa.

El artículo 765 del Código Civil y Comercial permite cancelar la obligación en moneda extranjera mediante el pago de su equivalente en moneda nacional.

La Ley 24.240 de Defensa del Consumidor en su art. 37 dispone establece normar sobre la moneda extranjera.

La problemática que debemos resolver, entonces, resulta ser, la forma de calcular la cantidad de pesos que se deben entregar para cancelar una deuda en moneda extranjera.

Existen diferentes corrientes jurisprudenciales, que han ido evolucionado, de esta forma algunos consideran que “... al momento de cancelar una deuda en moneda extranjera es factible hacerla en pesos calculando la mismo de acuerdo al valor del Banco de la Nación Argentina (tipo vendedor) a la fecha del efectivo pago, incrementada en un 30% en concepto del "impuesto para una Argentina inclusiva y solidaria" y en un 35% en

concepto de percepción autorizada por la res. 4815/2020 (AFIP). De esta manera afirma que la opción del dólar mep o contado con liquidación no son aceptables porque "el Estado no puede legitimar la sospecha en la injusticia del mercado interno de cambios, control de cambios o control de la moneda extranjera"; que, si existe un mercado oficial, es este el que debe ser aplicado; y que, de existir varias cotizaciones oficiales, resulta aplicable la más alta. Ver Ortola Martínez, Gustavo Marcelo c. Sarlenga, Marcela Claudia s/ ordinario": fallo dictado por la Excma. Cámara Nacional Comercial, sala D, el 15/10/2020 con voto de Heredia y Garibotto. Con Disidencia De Vassallo, quien manifiesta que debe entregarse al acreedor la cantidad de pesos necesaria para hacerse del bien sustituido y que por ende el tipo de cambio a aplicar es el que surge del dólar Mep.

La Sala A de la misma Cámara dispuso que una obligación en dólares sea satisfecha convirtiendo su monto a moneda local conforme al tipo de cambio oficial al que puede acceder el particular para hacerse de moneda extranjera en el mercado que el régimen legal actualmente vigente se conoce como "dólar solidario" (art. 35, ley 27.541), sin la percepción adicional del 35% a cuenta del impuesto a las ganancias Ver CNApel. en lo Com., Sala A, 19/10/2020, "Fideicomiso de Recuperación Crediticia c/ Yoma, Emir Fuad y otros s/ ejecutivo", Cita: TR LALEY AR/JUR/48310/2020. En otro caso se consideró que la deuda en moneda extranjera debe calcularse al tipo de cambio del Banco de la Nación Argentina (tipo vendedor), en la fecha del efectivo pago y sin el aditamento contemplado en el art. 35 y sigs. de la Ley 27.541, impuesto para una Argentina inclusiva y solidaria (País)', Ver Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata. Sala II: 8-feb-2022. Isern Eduardo Diego c/ Desarrolladora Trinidad S.A. y otro/a s/ daños y perjuicios incump. Contractual (exc.estado)

En ciudad de Mar del Plata La Jurisprudencia de varias salas resolvió el tema en algunos precedentes jurisprudenciales, entre ellos ordeno "... disponer que el demandado podrá desobligarse entregando las sumas en dólares estadounidenses indicadas precedentemente, o la cantidad de pesos necesaria para adquirir los mismos según la cotización del dólar "M.E.P." al día del pago.. la equivalencia debe tener en cuenta que no puede perjudicarse al acreedor. Principio general que veda el abuso de derecho (art.10 del CCyC) no tolera que bajo la cobertura del art.765 del CCyC se obtenga una ventaja patrimonial sin justificación en manifiesto desmedro de los derechos acordados con el acreedor. La Corte explicó allí que la distorsión en el incremento de los distintos precios de mercado " hacen necesario un examen circunstanciado de la realidad económica imperante al momento del fallo y, en el caso concreto, en función de la proporcionalidad señalada. La realidad debe prevalecer sobre las fórmulas abstractas, no cabe prescindir del valor "actual" del inmueble, pues de lo contrario la solución se desentiende de las consecuencias inequitativas que ocasiona, y

además transforman al resultado en una “fuente injustificada de lucro”...”. Ver. Sala II. Marengo Ricardo Raúl C/ Pinto Horacio Alberto S/ Cobro Ejecutivo”, 26 /10/2021 Con el mismo criterio se resolvió que”... cumple con el depósito de la cantidad de unidades que corresponda a la cotización que se obtenga del dólar "MEP" o dólar "contado con liquidación" al día del efectivo pago, el que sea más alto. El pago se deberá realizar en moneda de curso legal, pero a un tipo de cambio que permita al acreedor mantener el poder adquisitivo de su crédito, en base a variables económicas reales y transparentes, y no artificiales y meramente hipotéticas “ Ver "Vitiello Juan Gregorio Rafael C/ Pesquera Fiesta Sociedad Anónima S/ Cobro Ejecutivo". Sala II del 3/5/2023.

III.-LAS NORMAS CONTABLES DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. MODO DE LLEVAR LA CONTABILIDAD Y LOS ESTADOS CONTABLES. ARTÍCULO 320.

La sanción del Código Civil y Comercial (Ley 26.994) en el derecho argentino, ha producido modificaciones importantes en la forma de llevar la contabilidad.

Los estados contables representan **la posición financiera y del desempeño financiero de una entidad**. Información sobre la posición financiera, el desempeño financiero y los flujos de efectivo de un ente, art 320 a 331 del Código Civil y Comercial.-

IV. VALOR PROBATORIO

El art. 330 del Código Civil y Comercial establece “La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba”.

El artículo 330 del Código Civil y Comercial establece que” sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario.” Deben llevarse por orden cronológico y sin enmiendas. Para todas las personas Jurídicas.

De todo ello se colgué que los Estados Contables reconocen hechos económicos y producen efectos jurídicos.

V.LAS NORMAS CONTABLES DE LA LEY DE SOCIEDADES. SECCIÓN IX DE LA DOCUMENTACIÓN Y CONTABILIDAD. BALANCE. ACTIVO. PASIVO. ESTADO DE RESULTADOS. LA MEMORIA.

En la ley general de sociedades existen un conjunto de artículos que hacen referencia a la forma de llevar la contabilidad, los artículos 61 a 73, el balance general (art. 63 LGS); el estado de resultados (art.64 punto I); el estado de evolución del patrimonio neto (art. 64, punto II); el estado de origen y aplicación de fondos (EOAF)

(art. 62, párrafo 5to.); los estados contables complementarios; la información complementaria (Memoria art. 66 LGS).

VI. MEDICIÓN DE ACTIVOS EN MONEDA EXTRANJERA.

Los mismos se miden considerando los tipos de cambio vigentes a la fecha de la medición. Igual suerte correrán los depósitos, créditos, deudas cancelables en el equivalente en moneda argentina de un importe en moneda extranjera.

VII.- IMPORTANCIA DE LOS ESTADOS CONTABLES.

Los estados contables se utilizan como herramienta para a) Suministrar información útil para la toma de decisiones.. b) Proporcionar datos necesarios para que potenciales inversores o acreedores evalúen la capacidad de la compañía para generar utilidades. d) Brindar información para evaluar el flujo de fondos esperado. d) Proveer información para evaluar. f) Constituir una fuente de información para la economía nacional. g) Constituir algo similar a una rendición de cuentas de los administradores. h) Permitir evaluar la relación entre el patrimonio y el capital. i) Demostrar la existencia de ganancias y por lo tanto hacer posible su distribución. j) Servir para establecer el reembolso del valor de la parte social de los socios recedentes. k) Contener los parámetros para aprobar -o para impugnar-las cuentas de la gestión de los administradores.

VIII. EFECTOS DE LOS ESTADOS CONTABLES.

La contabilidad produce el reconocimiento y extinción del derecho en algunos supuestos como el reconocimiento de las obligaciones (artículo.733 del Código Civil y Comercial), la novación o cambio de la causa de una obligación por otra (artículo 933 del Código Civil y Comercial), la compensación (artículo 921 del Código Civil y Comercial).Todos ellos se producen al momento de proceder a contabilizar o registrar.

Existen sinnúmeros de efectos que producen los estados contables. Sin perjuicio de ello podemos decir que se utilizan como base determinante para:

Adecuación de las sociedades artículo 22 y siguientes de la LG.S, Partición de una sociedad en otra, artículo 31 de la LG.S, Participaciones recíprocas. artículo 31 de la LGS, Distribución de dividendos artículo 68 y 234 de la LGS., Constitución de reservas artículo 70 de la LGS, Transformación artículo 74 y siguientes de la LGS, Receso artículos 78, 85, 245 de la LGS, Fusión artículo 83 de la LGS, Escisión artículo 88 de la LGS, Ejercicio de los derechos legales o estatutarios exclusión, retiro de socio o resolución parcial artículos 89, 90 y 92 de la LGS, Liquidación artículo 109 y siguientes de la LGS, Aumento de capital con derecho de suscripción preferente artículo 194 de la L.G.S. Aporte Irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital social.

artículos 194, 197 de la LGS, Préstamo . artículo 194, 197 de la LGS, Aumento de capital con Prima de emisión artículo 202 de la LGS, Reducción por pérdidas artículo 205 de la LGS, Amortización o rescate de acciones artículos 220 y 223 de la LGS, Distribución de dividendos artículo 224 de la LGS, Aprobación de la gestión de los administradores, directores y artículos 234, 59,157, 264 y siguientes de la LGS, Responsabilidad de administradores directores artículos 234, 59,157, 264 y siguientes de la LGS, Responsabilidad de síndicos artículo 296 y siguientes de la LGS, Aumento de capital artículos 234, 235 y siguientes de la LGS, Compra venta de paquete accionario y, aún, de acciones minoritarias de una sociedad anónima artículo 214 de la LGS, Celebración de un préstamo u obtención de un crédito (apalancamiento), donde resulte necesario analizar el "riesgo" del dador, entre otros.

IX.FORMA DE CONTABILIZAR LA MONEDA EXTRANJERA.

La moneda extranjera se registra contablemente al valor de la cotización oficial. Este valor difiere de la cantidad de dinero que deben desembolsar las sociedades al momento de cancelar dichas obligaciones, toda vez que la Jurisprudencia actual obliga a cancelar en moneda extranjera o entregando la cantidad de pesos para que se pueden adquirir los dólares billetes en el mercado de dólar Mep o Contado con Liquidación. Las “diferencias de cambio” puestas en evidencia por las conversiones de mediciones en monedas extranjeras se tratan como ingresos financieros o costos financieros.

X. CONSECUENCIAS DE ESTAS INCONSISTENCIAS.

Creemos, que los administradores deberían cumplir con sus obligaciones de informar cabalmente a los socios de la realidad empresarial y societaria presentando para la aprobación por parte de los socios y accionistas estados contables que reflejen esa realidad y por ende la veracidad de la situación patrimonial y financiera de la empresa. Consideramos, que con las normas contables obligatorias los administradores están actuando en violación de los artículos 59, 274 y siguientes de la LGS. Atento ello estamos convencidos que la normativa contable obliga a los administradores a incumplir las normas jurídicas. Creemos que esta situación conlleva a que los administradores no actúen como un buen hombre de negocios.

Con esta ponencia, proponemos que todos tomemos conciencia de esta realidad y que instemos a que se busquen soluciones para que los estados contables reflejen la realidad y veracidad de la situación patrimonial y financiera de la sociedad.

Estamos convencidos que tenemos normas jurídicas y contables para un país imaginario, es el momento de cambiarlo, es aquí y ahora que tenemos que sincerarnos.

LA CULPA DE LOS DIRECTORES FRENTE A LA SOCIEDAD

BOTTERI, José

Ponencia: Para que una sociedad anónima pueda reprochar culpa a un director, debe acreditar: i) los costos posibles de solventar con el patrimonio social la actuación debida omitida, ii) el monto de los daños conforme una determinación plausible de eventos, considerando un intervalo de confianza, y iii) que la actuación no se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad de los directores, esto es dentro de la *business judgement rule*.

Fundamentos:

Es un lugar común decir que en materia de atribución de responsabilidad por culpa en el incumplimiento de obligaciones, Dalmacio Vélez Sársfield en la nota del Art. 512 de su Código Civil y en la solución de la norma (que actualmente está en el art. 1724 del Código Civil y Comercial Argentino –CCC–), se adelantó a los tiempos y que con toda genialidad superó las dificultades del sistema de graduación de culpas (grave, leve, levísima) de tradición romanista y que fue insecticida con los cartabones abstractos propios de la legislación francesa (el *bone père de famille*, criterio hoy abandonado en la legislación gala³⁹⁵).

Vélez optó por concebir la culpa con un criterio realista y concreto entendiéndola como la omisión de los deberes que correspondan a la naturaleza de la obligación de conformidad con las circunstancias de las personas, el tiempo y lugar. En el caso de la responsabilidad profesional la norma debía ampliarse con las previsiones de los Arts. 902 y 909 del CC, que establecen la regla lógica que informa que cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos; y la que indica que para estimar hechos voluntarios no debe considerarse la condición especial o facultad intelectual de una persona determinada, salvo que se trate de contratos que suponen una

³⁹⁵ Ver la ley francesa de igualdad entre mujeres y hombres (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour *l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*) aprobada en agosto de 2014, que elimina el estándar del «buen padre de familia» del Código civil francés y de otras normas por razones de igualdad de género, sustituyéndolo por «lo razonable» y su debate parlamentario.

confianza especial entre las partes, en los que se estima el grado de responsabilidad por la condición especial de los agentes (hoy todos contenidos en el art. 1725 del CCC).

Sostener que el autorreferencial “buen hombre de negocios” del Art. 59 LGS es inútil, sexista y demodé, también parece ser un nuevo lugar común. En tal sentido, abundan los trabajos de doctrina que rechazan el cartabón y en la jurisprudencia se advierte la clara tendencia de establecer la culpa conforme a su definición civil³⁹⁶.

Sin embargo, quienes sostienen que el Derecho Comercial es una disciplina con principios propios no dejan de advertir que en nuestra legislación comercial abundan los cartabones abstractos. Por ejemplo la diligencia del armador, la diligencia y experiencia del capitán o del práctico, etc. en el derecho marítimo están enlazadas directamente con este tipo de estándares, como pueden Uds. observar en el REGINAVE, el Decreto Reglamentario 4.716/73 de la Ley de Navegación 20.094 y todas sus modificaciones. Hay muchísimos ejemplos de legislación típicamente mercantil en materia de graduación de culpas (grave, leve), por ejemplo, en las siguientes normas: arts. 274 Ley 19.550, arts. 70, 72, 105, 114 y 152 Ley 17.418; 99, 225, 256 y 279 Ley 24.522.

En materia concreta de responsabilidad de administradores societarios la superación de estas cuestiones se advierte nítida en la legislación inglesa que ha optado, luego de un largo proceso de reflexión, por establecer una serie de pautas y criterios de actuación concretos, que precisan las conductas que debería llevar a cabo un buen hombre de negocios, conforme el criterio general del *business judgement rule* que libera de responsabilidad si se acreditan cuatro factores (i) que se haya actuado de buena fe; (ii) que el director carezca de interés personal en el asunto objeto de decisión; (iii) que disponga de información suficiente y, (iv) que haya actuado con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado³⁹⁷. Así puede leerse en la *Companies Act* de 2006, por ejemplo, interesantes deberes concretos que surgen del desarrollo de dichas ideas, como éstos:

“Art. 172: *Deber de promover el éxito de la empresa:*

³⁹⁶ CNCom, Sala B, “Equisuno SA c/ Pereyra, Carlos s/ Ordinario”, del 05/11/2008 y “Marcelo Eduardo Soriano c/ Julio Maria Gutierrez s/ Ordinario”, del 14/03/2017; CNCom, Sala A “Compañía Financiera del Plata SA s/ Quiebra c/ Carlino Reynaldo F. y otro s/ Ordinario”, del 14/05/2009 y “Granisem SRL s/ Quiebra c/ Nisembaunn Néstor s/ Ordinario”, del 11/12/2014; CNCom, sala F “Nari Cereales SRL c/ Nari Juan Antonio y otros s/ Ordinario”, del 20/02/2018; entre otros.

³⁹⁷Schneider, Lorena R. “La tutela de la discrecionalidad empresarial. su inclusión por el proyecto de ley de reformas a la ley general de sociedades”, Publicado en: SJA 17/06/2020 , 93 • JA 2020-II , 557

(1) *Un director de una empresa debe actuar de la manera que considere, de buena fe, que sería más probable para promover el éxito de la empresa en beneficio de sus miembros en su conjunto, y al hacerlo debe tener en cuenta (entre otros asuntos) a:*

- (a) *las consecuencias probables de cualquier decisión a largo plazo,*
- (b) *los intereses de los empleados de la empresa,*
- (c) *la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros,*
- (d) *el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente,*
- (e) *la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta comercial, y*
- (f) *la necesidad de actuar equitativamente entre los miembros de la empresa.”*

El reclamo por sostener criterios de actuación concretos y la aplicación de los arts. 1724/5 del CCC al caso de la responsabilidad de administradores, surge también de una vocación realista por acercar el Derecho a la disciplina de administración de empresas, interesando en materia de sociedades anónimas cuál es el contenido concreto del art. 255 LGS cuando dice que la administración “está a cargo de un directorio” sin que se indiquen deberes concretos a su cargo.

En efecto, quien sostenga la aplicación de los arts. 1724/5 CCC a los directores debe conocer y probar cuales han sido las diligencias omitidas que correspondían a la naturaleza de la obligación, por lo cual necesariamente debe introducirse en qué es la administración societaria a cargo de un directorio, pues de otro modo las reglas civiles se transformarían en otro *slogan* abstracto carente de contenido concreto.

Ninguna norma de la LGS dice concretamente en qué consiste la función de administrar sociedades. La doctrina nacional considera que la función comprende: 1) Las operaciones configurativas del objeto social, o actos de organización, dirección, conservación y desarrollo de la empresaria anexa a la sociedad, 2) Los actos de cogestión societaria, que abarcan el cumplimiento de los deberes que impone el Estatuto del Comerciante y todos los actos que involucra la organización interna societaria, como convocar a asambleas, informar a los socios, preservar el objeto social y el capital 3) La representación ante terceros, que comprende la realización de los actos jurídicos necesarios para cumplir con las decisiones adoptadas³⁹⁸. Se ha dicho también que el concepto de gestión social se extiende a toda actividad jurídica o de hecho, que dentro del marco contractual o estatutario promueve la realización del fin social común, interesando la actividad gestora, es decir la que puede ser imputada al ente³⁹⁹. Por último

³⁹⁸ OTAEGUI, JULIO C. “*Administración Societaria*”, Edit. Abaco, Bs. As., 1979, págs. 59 y ssgtes.

³⁹⁹ GAGLIARDO, MARIANO con cita de JOSÉ GIRÓN TENA, en *ob. cit en 3*, pág. 217

en el caso de los directores de sociedades anónimas se ha dicho también que su competencia comprende la resolución de todos aquellos asuntos que no estén reservados o atribuidos a la asamblea de accionistas⁴⁰⁰.

Vinculando las reglas del management moderno y de las reglas de la LGS puede decirse que los administradores de sociedades comerciales (y en particular, de los directores) son *los sujetos encargados de controlar la producción de resultados sobre el patrimonio social, procurando satisfacer leal y diligentemente el interés social conforme la ley, sin poner en peligro el bienestar de los demás*.⁴⁰¹ Hay que decir “controlar la producción de resultados” con el fin de comprender tanto al Director de asiento, como al ejecutivo y no elevar a los gerentes a una categoría de decisión que no poseen. Los gerentes pueden producir resultados para la sociedad, pero no podrían controlar su producción si sobre ellos existe un Directorio, pues éste último retendría siempre las funciones de supervisión y control. La noción de “resultados”, no se identifica con la de “dividendos”, pues -como se sabe- éstos sólo pueden ser dispuestos por asamblea una vez que se generan por el patrimonio social ganancias líquidas y realizadas. Resultados, son pérdidas o ganancias que podrán luego ser dividendos o enjugar pérdidas anteriores, ser capitalizadas o constituirse en reservas.

Se sigue de todo lo expuesto que necesariamente un mal desempeño de los administradores *debe* provocar pérdidas que sean soportadas por el patrimonio social, tanto sea por daños a la sociedad como a los terceros, pues de otro modo el administrador habría provocado daños pero fuera del ejercicio de sus funciones. Por ejemplo: la no registración de trabajadores, genera pérdidas a la sociedad por las multas derivadas de su condición de empleador en su hipótesis de aplicación y puede convertirse en materia de responsabilidad de administradores, si se reúnen el resto de los elementos del deber de responder. Pero la recíproca es falsa: no toda pérdida es causal de mal desempeño, pues es posible que un buen administrador arroje resultados negativos en el patrimonio dando satisfacción a la ley y al interés social cuando, por ejemplo, es la etapa inicial de los negocios. Ahora con absoluta seguridad puede afirmarse que ningún administrador puede ser responsabilizado si generó ganancias satisfaciendo leal y diligentemente el interés social, cumpliendo con la ley sin generar daños a los demás (terceros o socios).

Toda diligencia debida en orden a este criterio de administración que comporta “naturaleza de la obligación” del art. 1724 CCC, es siempre mensurable económicamente como costo. De nada sirve cuantificar los daños en orden a la

⁴⁰⁰ NISSEN, RICARDO A., *ob. cit en 3*, pág. 79.

⁴⁰¹ La definición es una combinación de los criterios de DRUCKER, PETER “*Management Challenges for the 21 Century*”, Harper Business, 1999, del argentino KOFMAN, FREDY “*Metamanagemet - La nueva conciencia de los negocios*”, Tomo I, principios, pags. 63 y ssgtes y en una síntesis de la business judgement rule.

responsabilidad por culpa, en aplicación del art. 1724 CCC, si no se conoce a cuanto ascendían económicamente las diligencias debidas por el director que las ha omitido en el caso y su posibilidad de financiamiento, pues de otro modo se cae en criterios morales abstractos en materia de culpa.

Es por eso que es necesario cuantificar estas dos magnitudes (costos y daños) para poder formar convicción a los jueces y partes sobre la responsabilidad de los directores. ¿Cuánto costaba hacer las cosas bien? Es la única manera de poder efectuar comparaciones realistas frente a los daños provocados y poder pensar porqué se hizo lo que se hizo bien o mal y qué posibilidad había de hacer las cosas bien y de evitar los daños. El término de “posibilidad” es idéntico a decir “conforme a las circunstancias de personas, tiempo y lugar”, e implica la estimación de un suceso en el mundo real.

Se sigue de lo anterior que estas dos magnitudes deben potenciarse por dos factores: en cuanto a costos, la posibilidad de obtenerlos y en cuanto a los daños, la plausibilidad de ocurrencia de los mismos, que a mi juicio es un ejercicio de razonabilidad y no un frío cálculo matemático. Para quienes sostienen esto último, los cálculos de probabilidades técnicamente oscilan siempre entre dos valores: cero (0), es ninguna posibilidad de ocurrencia del evento y uno (1) es la probabilidad absoluta. La culpa de los administradores de sociedades comerciales, estaría entonces expresada en la siguiente fórmula: hay culpa de los administradores si $C(P) < D(p)$; esto es, si el costo de las diligencias debidas por el administrador para evitar los daños multiplicado por la posibilidad que tenía éste de obtener esos fondos del patrimonio social y aplicarlos, era menor a los daños generados multiplicados por la probabilidad de que estos ocurran. La fórmula citada no es novedosa, sino que es aplicación al caso de los administradores de la clásica fórmula del Juez norteamericano Billing Learned Hand que definió la culpa contractual en 1947 en el caso *United States et al. v. Carroll Towing Co., Inc., et al.* Nos. 96, 97, Dockets 20371, 20372, United States Circuit Court Of Appeals, Second Circuit, 159 F.2d 169, el 9 de enero de 1947.

Los jueces argentinos son usualmente refractarios a los cálculos de probabilidades en sus sentencias ya que las mismas debe contener un juicio de razonable certeza y no de probabilidades, por lo cual la estimación se debe realizar con base en *lo plausible*, lo que resulta ser razonable en una situación determinada.

La medida de plausibilidad de algo no se mide simplemente como un cálculo de probabilidades, sino que de ese cálculo sólo se toman en cuenta los valores que surgen de lo que se denomina como un *intervalo de confianza*. El *intervalo de confianza* describe un rango de valores, cuya distribución es normal y en el cual se encuentra, con alta probabilidad, el valor real de una determinada variable. Esta «alta probabilidad» se ha establecido por consenso en la ciencias duras en 95%. Por eso es que en las fórmulas, como la de Hand, deben descartarse los valores que están fuera de lo que acostumbra a suceder, que no es otra cosa más que el criterio de causalidad adecuada del art. 1727 del CCC en términos de consecuencias.

En general, casi nunca se hacen esos cálculos, tanto sea porque no se miden los costos y los daños con precisión; o porque no se tiene en cuenta claramente que la relación de causalidad adecuada –que es la mayoritariamente admitida– impone una estimación de este tipo⁴⁰². De allí que de hechos muy graves, las indemnizaciones parezcan poco significativas, pues se realiza un reproche “moral”, pero no económico del caso y se carecen de pautas de cuantificación y de comparación adecuadas, que en nuestra legislación son enteramente tolerables por la impronta de nuestro Código Civil y Comercial.

Por ejemplo: si la actora demuestra que era extremadamente barato y posible costear por la sociedad un seguro contra incendios, parece evidente que su no contratación por el administrador frente a la pérdida de un bien social por incendio en una zona boscosa en que suelen suceder ese tipo de desgracias, lo hará responsable frente al juez; o a la inversa, se liberará de responsabilidad si el demandado administrador demuestra que era económicamente imposible para la sociedad contratar vigilancia privada para evitar robos en una zona donde esos hechos suceden muy infrecuentemente. También es preciso decir que la comparación de magnitudes, permite evaluar la gravedad económica del reproche, en los términos del Art. 274 LS, alejando el criterio romanista de culpa grave como equivalente a “no entender lo que todos entienden”⁴⁰³, contrario al régimen del art. 1725 del CCC.

Se sigue de todo ello que en materia mercantil y societaria, donde todo se encuentra económicamente mensurado en estados contables, la cuestión no es la de reemplazar cartabones abstractos por eslóganes supuestamente concretos, sino que la atribución de responsabilidad jurídica con el fin de obtener una indemnización económica consiste en una operación compleja que precisa de definiciones, cálculos y ponderación de magnitudes, aun cuando se apliquen normas estrictamente civiles (arts. 1724/5 CCC) y se pretenda salir del esquema de los Arts. 59, 274 y ccdtes. de la LGS.

⁴⁰² Conf. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE “*Teoría general de la Responsabilidad Civil*”, Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, pág. 189, p. 590, con cita de VON KRIES, DEMOGUE y SANTOS BRIZ.

⁴⁰³ Que es la definición de culpa grave del Digesto, que se asimilaba al dolo: *magna culpa, dolus est*, con citas de CELSO, NERVA, CASCIUS, GAYO, PROCULO, ULPIANO y PAULO.

**REPENSANDO EL ART. 58 LGS Y LA IMPUTACIÓN AUTOMÁTICA.
MARCO DE ACTUACIÓN DILIGENTE DE UN TERCERO
CESARETTI, María y CESARETTI, Oscar**

Ponencia: En los contratos de escritorio, el notario en cumplimiento de su obligación de asesoramiento, ante una sociedad de objeto múltiple debería requerir de los administradores la actividad efectiva que desarrolla el ente, o bien si media una nueva dentro del marco del objeto la vinculación por medio de una declaración del órgano de administración.

Exposición: Como todos sabemos el marco de imputación automática diseñada por la ley 19.550 t.o está determinado por dos presupuestos

1 Que medie la presencia de aquello que por la ley o el contrato represente al ente

2.-Que el acto no sea notoriamente extraño al objeto social

En ese marco que es el concepto de acto que no sea notoriamente extraño al objeto social podemos consignar la clasificación que años ha nos enseñaran Norberto Benseñor y Favier Dubois⁴⁰⁴

- a) el acto incluido en el objeto social;
- b) el acto accesorio de otro comprendido en el objeto;
- c) el acto que tenga por finalidad preparar la ejecución de un acto del objeto social
- d) el acto que tienda a facilitar la realización de otro incluido en el objeto o el cumplimiento del objeto en sí.
- e) el acto extraño al objeto, sin notoriedad

Sin tomar partido respecto de la legalidad de la exigencia de objeto único y conexo o pluralidad de objetos sin conexidad, ante la presencia de sociedades de objeto

⁴⁰⁴LA REPRESENTACIÓN ORGÁNICA EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS (ART. 58 DE LA LEY 19550) Y EL CONTENIDO DE LA CALIFICACIÓN NOTARIAL. www.colegio-escribanos.org.ar

múltiple, cabría determinar la o las actividades en las cuales opera el ente; ya que de contrario el marco del 58 LGS se constituye un traje de payaso.

Y el marco para la imputación como garantía para el tercero que contrata-fuera de las operaciones de cambio-debería indagar, cual es la actividad real en la que el ente opera como establece el art 66 referente a la memoria,⁴⁰⁵ que dispone se debe consignar la o las actividades en las cuales opera la sociedad.

Igual referencia a la actividad se consigna en el art 271 LGS respecto de los contratos que los directores pueden celebrar con el ente, requiriendo el acta previa al acto para aquellos que no sean de la actividad normal, aunque sean del objeto social.

Estamos de acuerdo que la conformación de sociedades de objeto múltiples, cuando media una sola actividad de las consignadas, constituye un riesgo para los propios socios que han dejado ese marco de discrecionalidad a los administradores; pero acá no estamos velando por la seguridad de los socios, tan solo consignando la eventual prudencia de un tercero; que en sede de actuación notarial es hoy un deber del notario.

A los colegas del notariado estas líneas.

⁴⁰⁵ RG 4/2009 IGJ No dispensa del cumplimiento de la obligación legal de la memoria de los estados contables solamente dispone que : "Artículo 2º.- En las sociedades no comprendidas en el artículo 299 de la Ley Nº 19.550, la Asamblea, por decisión unánime de los accionistas presentes, podrá dispensar a los administradores de confeccionar la Memoria de acuerdo con los requerimientos de información previstos en esta Resolución, justificando que no es necesaria para sus propósitos, ni existir accionistas y terceros, que hayan demostrado en forma fehaciente interés legítimo en dicha información. En estos casos, la Memoria deberá prepararse en función a los requisitos previstos en el artículo 66 de la Ley Nº 19.550, sin necesidad de contemplar la información adicional establecida en esta Resolución.

SOLIDARIO HASTA LA MUERTE

COSTE, Diego y BOTTERI, José David

Sumario: En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires se dictaron, durante los últimos años, sentencias que limitan la agresión del Estado sobre el patrimonio de los administradores societarios. Estos límites se advierten en dos aspectos de la solidaridad fiscal: el factor de atribución y el alcance temporal de la responsabilidad. En el primer caso, se desplazó el criterio objetivo hacia la subjetividad prevista por la ley 19.550 (arts. 59, 157, 274 y concordantes). Y en el segundo, se consolidó la interpretación que considera extinguidas las obligaciones fiscales de los administradores en caso de fallecimiento, no trasladándose a sus herederos.

En la Provincia de Buenos Aires el Fisco se comporta como un Leviatán encabritado por los latigazos de una política ineficiente, que necesita cada vez más dinero para asegurar su fracaso y el de la sociedad que lo padece.

Dentro de ese contexto, la lenta reacción de la jurisprudencia comenzó a exhibir algunas correcciones a los excesos de la voraz regulación.

Tales correcciones apuntaron a dos aspectos de la solidaridad fiscal: el factor de atribución y el alcance temporal de su responsabilidad de los administradores societarios.

1. El desplazamiento del factor de atribución objetiva hacia la subjetividad de la ley 19.550.

El Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires establece la responsabilidad objetiva de los administradores sociales, resultando estos últimos obligados al pago de deuda ajena por el sólo hecho de integrar el órgano.

Calificada doctrina se opuso a la regulación estatal, sosteniendo la inconstitucionalidad de los artículos que proponían la responsabilidad objetiva por resultar violatoria de la llamada “cláusula de los códigos” del artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ BOMCHIL, M., “La responsabilidad tributaria de los directores de sociedades anónimas en la Provincia de Buenos Aires”, La Ley 2009-D, 1260; GAGLIARDO, M.: “Responsabilidad de los Directores

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires soslayó esa postura doctrinaria en su sentencia dictada en el caso “Raso” del año 2014.⁴⁰⁷

En dicha sentencia, Dr. Negri declaró la inconstitucionalidad del artículo 21 del Código Fiscal por resultar violatorio del artículo 31 de la Constitución Nacional, considerando que se trataba de un tema análogo al que fuera resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Filcrosa”.

Pero su voto no fue acompañado por los restantes magistrados, quienes se limitaron a rechazar el recurso extraordinario interpuesto por el Fisco de la Provincia de Buenos Aires por cuestiones meramente abstractas y formales: el recurso no rebatía adecuadamente los lineamientos centrales de la sentencia de la Cámara de Apelaciones que había dictado la inconstitucionalidad de las normas del Código Fiscal.

El resultado para ese caso concreto era el mismo: no se aplicó el criterio de imputación objetiva de responsabilidad solidaria fiscal. Pero el precedente “Raso” no pudo extender sus efectos hacia los tribunales inferiores porque la Corte omitió un pronunciamiento de la Suprema Corte sobre el fondo del asunto.

Tuvieron que transcurrir ocho años y numerosos excesos de cobro de impuestos en perjuicio de administradores que no tuvieron la suerte de contar con sentencias de tribunales inferiores como en el fallo “Raso”, para que el máximo Tribunal Provincial resolviera la cuestión de manera definitiva.

De esta manera, en el precedente “Toledo”, la Corte decretó por mayoría la inconstitucionalidad de los artículos 21 (ahora 24) y 64 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires por varias razones, entre las cuales se destacan: (i) la violación de la cláusula de los Códigos, emitiendo normas locales contradictorias con aquellas dictadas por el órgano competente en la materia que es el Congreso de la Nación Argentina; y (ii) resultar irrazonable pues la eximición de responsabilidad, tal como se encuentra legislada, opera con una rigidez tal que queda neutralizada, además de alterar el debido proceso pues se exige a un responsable por deuda ajena una relación directa y a título propio con el sujeto activo -contribuyente- (cfr. voto de los Magistrados Soria y Torres).⁴⁰⁸

de Sociedades Anónimas, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2004, Tomo II, pág. 1111; SPAGNOLO, L. y BORNIC, G., “Los límites a la responsabilidad fiscal de los directores”, ponencia presentada en el XI Congreso Argentino de Derecho Societario, Tomo II, pág. 533, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

⁴⁰⁷ SCBA, 2.7.2014, “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Raso, Francisco s/ sucesión y otros. Apremio”, TR LA LEY AR/JUR/38069/2014.

⁴⁰⁸ SCBA, 30.8.2021, “Toledo, Juan Antonio c/ ARBA s/ Incidente de revisión”, TR LA LEY AR/JUR/131703/2021.

La solución es justa, no sólo por los fundamentos reseñados sino también por la naturaleza sancionatoria de la responsabilidad solidaria fiscal. Esta solidaridad comparte la misma causa con el contribuyente, quien interviene de manera necesaria e imprescindible en la relación jurídica que da lugar al nacimiento de la deuda. El origen de la responsabilidad del administrador se encuentra, en cambio, en la intención del Estado de castigar al administrador por el incumplimiento de la sociedad que estaba en condiciones de cumplir y no lo hizo. Sobre esas bases, no resulta suficiente condenar en clave objetiva al administrador por el sólo hecho de integrar el órgano.⁴⁰⁹

Los autores que han publicado comentarios sobre el precedente “Toledo” coinciden en que su doctrina legal que debe ser respetada no sólo por los tribunales inferiores -quienes solo podrían apartarse mediante sólidos fundamentos en el caso concreto- sino también por parte de ARBA, que en el pasado ha intentado evadirse del respeto de fallos similares bajo el endeble argumento de que los mismos no fueron convalidados por la Corte Suprema de la Nación.⁴¹⁰

2. El alcance temporal de la responsabilidad por deuda ajena de los administradores sociales.

Resuelto el punto del factor de atribución, y asumiendo que el Estado Provincial pudo acreditar el mal desempeño del cargo de los administradores -logrando el encuadre de la conducta dentro de los presupuestos de hecho y de derecho previstos por los artículos 59, 157, 274 y concordantes de la ley 19.550- entonces esos administradores serán solidariamente responsables con la sociedad contribuyente tanto por los impuestos no pagados como así también por las multas y demás sanciones que pudieran corresponder.

Y serán solidarios hasta la muerte.

Semejante acompañamiento trágico no es el fruto de una convicción emocional del administrador que vincula su destino al de la sociedad, como el capitán que se hunde estoicamente con su barco. Se trata, muy por el contrario, de una

⁴⁰⁹ SERRANO ESPER, J.P., “Responsabilidad solidaria de directores y administradores en el derecho tributario local y municipal”, TR LALEY AR/DOC/662/2023.

⁴¹⁰ CORONELLO, S. E., “Inconstitucionalidad de la normativa bonaerense que regula la responsabilidad solidaria en materia tributaria de directores, gerentes y demás administradores societarios”, TR LALEY AR/DOC/2754/2021; CHACRA, A.: “Inconstitucionalidad del régimen de responsabilidad solidaria bonaerense. Importante precedente de la Suprema Corte de Justicia”, TR LALEY AR/DOC/3329/2021.

interpretación literal -aunque sistemática y teleológica- de las normas jurídicas vigentes: *la solidaridad del responsable fiscal por deuda ajena se extingue con su fallecimiento.*

Numerosos fallos dictados en los últimos años por diferentes salas del Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires arribaron a esa conclusión al distinguir las calidades de *contribuyente* y *deudores solidarios* en el marco de artículo 18 del Código Fiscal local, asignando el carácter de *contribuyente* a la sociedad y de *deudores solidarios* a sus administradores. Esta asignación es coherente también con las precisiones formuladas por los distintos jueces de la Suprema Corte de Justicia en los precedentes “Raso” y Toledo”⁴¹¹.

En cuanto al efecto concreto de la distinción, el artículo 18 del Código Fiscal (según ley 14.880) dispone que los contribuyentes y sus herederos conforme las disposiciones del Código Civil y Comercial están obligados al pago de los gravámenes dispuestos en ese ordenamiento. Tanto el Código Fiscal como el Código Civil y Comercial de la Nación, carecen de una norma jurídica que haga responsables a los herederos de deudores solidarios de obligaciones fiscales.

Esto quiere decir, en términos prácticos, que las deudas fiscales no se trasladan a los herederos de los administradores societarios, quienes son responsables solidarios por deuda ajena.

⁴¹¹ “El Fisco de la Provincia de Buenos Aires inició el presente juicio de apremio contra los directores de la firma Raso Hermanos SACIFI en su carácter de *responsables solidarios e ilimitados* respecto de la empresa *contribuyente*. ... Del texto de esta última disposición legal se desprende que los directores de una sociedad anónima por el sólo hecho de serlo, con solidaria e ilimitadamente responsables de las deudas tributarias de los contribuyentes y sólo pueden eximirse de responsabilidad si acreditan haber exigido los fondos a los sujetos pasivos de la obligación y que éstos los colocaron en la imposibilidad de cumplir”. (Voto del Dr. Negri en “Raso”); “Se observan dos relaciones jurídicas de naturaleza tributaria claramente diferenciadas. La primera de ellas es la entablada entre el Estado y la sociedad comercial o ente colectivo, como *contribuyente* de un gravamen determinado. La segunda es la que enlaza al Estado con el administrador de ese *contribuyente* principal, cuando determinadas circunstancias de su actuación derivan en la formulación de un cargo a la sociedad por la que dicho administrador debe responder personalmente y en paridad de condiciones que el órgano de administra y que resulta sujeto pasivo de la relación por haber perfeccionado el hecho imponible. Así, la primera define al *contribuyente*, en tanto que la restante determina el concepto de *responsables por deuda ajena*, elevando a estos últimos a la categoría de responsables en forma personal y solidaria con el sujeto obligado de la relación jurídico-tributaria” (voto del Dr Genoud en “Toledo”); “La ley local no considera la conducta del *responsable solidario*, sino sólo su vinculación jurídica con el *contribuyente* al momento del incumplimiento tributario”. (voto del Dr. Pettigiani en “Toledo”). “Efectuada dicha salvedad, corresponde analizar el sistema de responsabilidad solidaria e ilimitada por deuda ajena instaurado en el ámbito local, que afecta a los *representantes legales y los administradores* de sociedades, el que tiene la característica de ser excepcional por desbordar los límites del vínculo normal entre *contribuyente* y Estado” (voto del Dr. Torres en “Toledo”).

Algunos de los fallos del Tribunal Fiscal que hemos invocado en apoyo de esta ponencia, son los siguientes:

*“Es dable destacar que en la sentencia citada se resolvió acerca de la responsabilidad de los herederos de un contribuyente individual, remitiéndose a la preceptiva del artículo 14 del Código Fiscal (T.O. 2009), supuesto distinto al de autos en el cual se está en presencia de herederos de un responsable solidario, situación no prevista en la normativa fiscal. Que, consecuentemente con lo expuesto, no existiendo norma alguna en el Código Fiscal que permita hacer extensiva la responsabilidad a los herederos de un responsable solidario, corresponde dejar sin efecto lo dispuesto en tal sentido por el artículo 4° de la resolución apelada, lo que así se declara”.*⁴¹²

*“La muerte de responsable solidario provoca que la eventual acción tendiente al reclamo de las obligaciones fiscales quede extinguida a su respecto, sin proyección jurídica alguna con relación a factibles sucesores universales pues, según el artículo 18 citado, los herederos a título universal responden únicamente por las obligaciones referidas al causante a título personal, cuando éste reviste el carácter de contribuyente”.*⁴¹³

*“Los herederos a título universal responden, eventualmente, por las obligaciones que corresponden al causante a título personal como contribuyente, es decir, por haber realizado los actos u operaciones o haberse hallado en las situaciones que las normas fiscales consideran causales del nacimiento de la obligación tributaria, advirtiéndose que el mandato legal no extiende sus efectos a los herederos de los responsables”.*⁴¹⁴

Como se advierte de las citas transcriptas, la jurisprudencia considera a los administradores sociales como responsables por deuda ajena, liberando a sus herederos de obligaciones fiscales que les atribuyó el Estado en vida con carácter meramente sancionatorio.

3. Conclusión.

Argentina está en el puesto 126 (sobre 190) del ranking Doing Business, que marca el grado de dificultad que tienen las empresas para funcionar en un país. Estamos

⁴¹² Tribunal Fiscal de Apelación de Buenos Aires, sala II, 1/3/2007, “Korech Hnos. S.C.A.”, TR LALEY AR/JUR/1040/2007.

⁴¹³ Tribunal Fiscal de Apelación de Buenos Aires, sala III, 2/10/2018, “Trialsa S.A.”, TR LALEY AR/JUR/74327/2018.; en idéntico sentido: sala II, 14.8.2019, “Cooperativa Agrícola de Ramallo Ltd.”, TR LALEY AR/JUR/27513/2019.

⁴¹⁴ Tribunal Fiscal de Apelación de Buenos Aires, sala I, 16/8/2013, “Darder y Lozano S.A.”, TR LALEY AR/JUR/64543/2013

un solo escalón por encima de Irán (127), pero debajo de Kosovo (57), El Salvador (91), Guatemala (96), Namibia (104), Trinidad y Tobago (105), Costa de Marfil (110), Uganda (116), Ghana (118) y Papúa Nueva Guinea (120), entre otros.⁴¹⁵

Según la misma publicación, la presión impositiva a la producción representa el 106,3% de las ganancias netas de las empresas (antes de impuestos) y es la segunda más grave del mundo, solo superada por Comoras, un país compuesto por tres islas en el sureste de África. Es decir, según datos del Banco Mundial, una Pyme en Argentina, aún teniendo un buen desempeño en el mercado, si pagara todos los impuestos, tasas y contribuciones perdería dinero.

No es de extrañar que todo ello se traduzca en un riesgo injustificado para aquellos valientes que asumen el estatus de administradores sociales.

Los cambios reseñados conceden mayor razonabilidad al subsistema tributario, pues al invertir la carga probatoria y exigir la acreditación de un factor de atribución subjetivo, se permite a los administradores ejercer el derecho constitucional de defensa al que estaban privados, facilitándose, a su vez, que el fruto de sus esfuerzos en vida pueda quedar en manos de sus herederos.

Pruebe que soy culpable y seré solidario hasta la muerte.

⁴¹⁵ Doing Business es una publicación impulsada por el Banco Mundial. En este tópico concreto, puede consultarse <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Si bien se encuentra en revisión la metodología utilizada por esa publicación, tal revisión no afecta esta cita concreta sobre la presión impositiva, pues se trata de conclusiones extraídas sobre estudios puramente cuantitativos.

SOCIEDADES COMERCIALES Y DERECHOS HUMANOS.**AUTOREGLACIÓN, IMPERATIVIDAD Y ALCANCES****EDUARDO M. FAVIER DUBOIS, Eduardo M. y SPAGNOLO, Lucía****SUMARIO:**

-La autorregulación societaria ha llevado, por variadas circunstancias culturales, al abandono del principio de la “supremacía del accionista”, dando lugar a la atención de los intereses de la comunidad mediante la tutela de los “stakeholders” y la creación de institutos y prácticas como la Responsabilidad Social Empresaria, las Empresas B y las finanzas sustentables.

-Los principios y reglas internacionales relativas a los deberes específicos de las empresas en materia de Derechos Humanos resultan obligatorios para éstas en nuestro país en los casos en que hay normas internas que las receptan (leyes, Constitución o Tratados ratificados) tal como ocurre en materia laboral, ambiental, de género y vulnerabilidad.

-En materia de sociedades comerciales, los DDHH se manifiestan con la exigencia de sustrato empresarial, el principio de conservación de la empresa, la tutela legal de las empresas familiares, el cupo de género en los directorios, el juzgamiento con perspectiva de género de los conflictos societarios, y la transferencia de la propiedad de la empresa a los trabajadores en caso de quiebra.

-En los demás casos, tales reglas internacionales no son obligatorias para las empresas pero tienen valor moral y son suficientes para impedir la responsabilidad de los directores que, apartándose del fin de lucro, hubieran adoptado decisiones conforme con ellas.

PONENCIA:**I.-LA CULTURA SOCIETARIA: DE LA SUPREMACÍA DEL ACCIONISTA A LA ATENCIÓN DE LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD.****1.-El principio de la supremacía del accionista.**

Siguiendo al modelo contractual, el derecho anglosajón tradicional consagró el principio de la supremacía del interés del accionista consagrado en el caso “Dodge c/Ford”, y reafirmado por el premio Nobel de Economía Milton Friedman en su artículo periodístico de 1970 al sostener que “la responsabilidad social de las empresas es incrementar sus ganancias para el accionista”.

Tal postura es congruente con los principios del Análisis Económico del Derecho (AED) para los cuales la sociedad no es más que una cadena o red de contratos (Coase, 1937), siendo los accionistas quienes están en el origen de esa cadena

En esa línea se ubicaron las reglas del Buen Gobierno Corporativo, cuya finalidad no era otra que proteger a los accionistas inversores de las sociedades cotizadas⁴¹⁶.

En el punto cabe mencionar que la famosa ONG Business Roundtable, desarrolló en 1997 los principios del Buen Gobierno Corporativo según los cuales los CEOs deben dirigir sus empresas pensando únicamente en los intereses de los accionistas⁴¹⁷

En nuestro país el Decreto 677/01 caracterizaba al “interés social” como el interés exclusivo de los socios inversores⁴¹⁸.

2.-La incorporación del interés de los “stakeholders”.

Sin embargo, desde hace años, sea por razones éticas, de marketing o como respuesta a las crisis, a la creciente brecha entre ricos y pobres y/o al malestar en la globalización, el principio de la supremacía del accionista está siendo criticado por la doctrina y quitado de su centralidad incluso por algunos fallos norteamericanos que atienden a los intereses a largo plazo de la empresa y a la protección de los “stakeholders”⁴¹⁹, vale decir de sus accionistas, trabajadores, clientes, consumidores, proveedores, medio ambiente, sociedad circundante, etc.

Al respecto, la Companies Act de 2006 del Reino Unido, Sec. 172, impone a los directores tener en cuenta otros intereses además de los de los accionistas tales como los de los empleados, proveedores, la comunidad y el ambiente.

Por su parte, la ONG Business Roundtable, en el año 2019 abandonó su anterior posición y sostuvo como objetivo el beneficio de todas las partes interesadas⁴²⁰

En nuestro país, la caracterización del interés social del Dec. 677/01 fue derogada por la Ley de Mercado de Capitales 26.831 (luego reformada por ley 27.440).

⁴¹⁶ Favier Dubois, E.M. “Gobierno corporativo. Derecho norteamericano y Derecho Argentino. La contratación social con un director”, en “X Congreso Argentino de D.Societario”, Ed. Fespresa, Córdoba, 2007, tomo IV, pag.273 en co-autoría con Ernesto Schafran.

⁴¹⁷ Allende, Lisandro A. “Los principios de ESG y el derecho societario”, LA LEY AR/DOC/905/2023.

⁴¹⁸ Rovira, Alfredo L. “El interés social: un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta el deber de lealtad de los administradores”, en “VIII Congreso Argentino de Derecho Societario...”, Tomo III, Rosario, 2001, Ed.Univ.Nacional de Rosario, pag.643.

⁴¹⁹ Ver el desarrollo y las citas del tema en Recio, Juan Ignacio “Ganancias y Pérdidas en las Sociedades Anónimas”, Ed. Errepar, Bs.As., 2023, pag.180 y stes., a quien seguimos en este punto.

⁴²⁰ Allende, Lisandro A. “Los principios de ESG y el derecho societario”, LA LEY AR/DOC/905/2023.

En definitiva, se manifiesta una tendencia profunda hacia cambios trascendentes en el universo societario que, significativamente, tienen lugar, en el mundo anglosajón⁴²¹.

3.-Manifiestaciones del cambio cultural.

En esta línea pueden señalarse, entre otras, las doctrinas y prácticas vinculadas

a:

i.-La responsabilidad social de la empresa, el balance social y el balance ambiental⁴²².

ii.-Las empresas benéficas o empresas “B”⁴²³

iii.-Las finanzas “sustentables”.

II.-EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS.

1.-REGLAS INTERNACIONALES SOBRE LAS EMPRESAS Y LOS DERECHOS HUMANOS

1.-LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LAS NACIONES UNIDAS (PRNU) aprobados por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

i.-DEBERES DE LOS ESTADOS.

Los Estados deben: a) Hacer cumplir las leyes que tengan por objeto o por efecto hacer respetar los derechos humanos a las empresas, evaluar periódicamente si tales leyes resultan adecuadas y remediar eventuales carencias; b) Asegurar que otras leyes y normas que rigen la creación y las actividades de las empresas, como el derecho mercantil, no restrinjan sino que propicien el respeto de los derechos humanos por las empresas; c) Asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos

⁴²¹ Cracogna, Dante “Modernas orientaciones en el derecho societario”, LALEY AR/DOC/1960/2022.

⁴²² Correa Jaramillo, Juan Guillermo “Evolución histórica de los conceptos de responsabilidad social empresarial y balance social”, Semestre Económico, 10(20), 87-102. Recuperado a partir de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/view/682>

⁴²³ Coniglio, Agostina y Connolly, Constanza “El impacto social de los nuevos modelos de negocios”, en Cuadernos del Centro de Estudios en Diseño y Comunicación N°106 , pag. 27 a 44, Universidad de Palermo, Bs.As., https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/publicacionesdc/cuadernos/detalle_articulo.php?id_libro=832&id_articulo=17093

humanos en sus actividades; d) Alentar y si es preciso exigir a las empresas que expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos.

ii.-OBLIGACIONES DE LAS EMPRESAS

Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación.

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.

Para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben expresar su compromiso con esta responsabilidad mediante una declaración política que: a) Sea aprobada al más alto nivel directivo de la empresa; b) Se base en un asesoramiento especializado interno y/o externo; c) Establezca lo que la empresa espera, en relación con los derechos humanos, de su personal, sus socios y otras partes directamente vinculadas con sus operaciones, productos o servicios; d) Se haga pública y se difunda interna y externamente a todo el personal, los socios y otras partes interesadas; e) Quede reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales necesarios para inculcar el compromiso asumido a nivel de toda la empresa.

2. LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS.

También en materia de Empresas y Derechos Humanos, deben señalarse los Principios Rectores de la REDESCA de la OEA que establecen enfáticamente que no hay propiamente desarrollo sin respeto pleno por los derechos humanos⁴²⁴.

III.-SITUACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO: NORMATIVAS SOBRE DDHH EN LAS SOCIEDADES.

⁴²⁴ Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales REDESCA Soledad García Muñoz Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales 2019, principios 2 y siguientes.

1.-LA CUESTION DEL CARÁCTER VOLUNTARIO U OBLIGATORIO DE LAS REGLAS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS PARA LAS EMPRESAS.

Sin duda que el cumplimiento de las Reglas Internacionales sobre DDHH por parte de las empresas tiene carácter ético en todo el mundo y es obligatorio para todos los Estados que hayan suscripto algún instrumento internacional al respecto.

En el punto se sostiene que así como la Responsabilidad Social de la Empresa es de mecanismo de autorregulación de voluntario cumplimiento, los Principios y Reglas de los DDHH son obligatorios para las empresas⁴²⁵.

Sin embargo, empresas, existe un debate entre quienes afirman y quienes niegan la imperatividad⁴²⁶.

A nuestro juicio, en el orden interno y respecto de la obligatoriedad de las Reglas Internacionales para las empresas, conforme con la Constitución, resulta necesaria una ley local o, a falta de ésta, la existencia de una norma constitucional o de un Tratado suscripto y ratificado por nuestro país, esté o no elevado a categoría constitucional.

En el punto cabe señalar que no existe una convención internacional expresa, suscripta y ratificada por nuestro país que disponga normas específicas de DDHH para las empresas.

No obstante, sí existen tratados y demás normas internacionales vigentes en determinadas materias imperativas para las empresas, como son principalmente: a) relaciones de trabajo; b) medio ambiente y c) género, además de convenciones vinculadas a determinados colectivos de vulnerables (niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad, personas mayores, etc.).

Ello sin perjuicio de la obligatoriedad interna de cumplir con todas las leyes vigentes y con el deber de no dañar a otro.

2.-ALGUNAS MANIFESTACIONES NORMATIVAS DE LOS DDHH EN LAS SOCIEDADES.

⁴²⁵ Cuffré, Denis Y. "Las empresas y los derechos humanos", LALEY AR/DOC/751/2022

⁴²⁶ Basualdo, María Eugenia y De Césarís, María Cristina "Derechos Humanos y Perspectiva de género en el Derecho Empresarial", en Ponencias "XV Congreso Argentino de D.Societario" y "XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa", Ed. Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 2022, Tomo I, pag. 65; Alzari, María Jose "Empresas y Derechos Humanos. Enfoque de gestión "obligatorio o voluntario" para las empresas" LALEY AR/DOC/752/2022.

A nuestro juicio, el régimen societario argentino vigente presenta la convivencia de diversos modelos, cada uno con valores propios, que es necesario coordinar en la solución de cada caso.

Es así que junto con el modelo histórico “publicista” de tutela de socios minoritarios y terceros, propio del estado de bienestar, avanza un modelo “contractualista” sujeto a la exclusiva voluntad de los socios, propio del neoliberalismo, el que, no obstante, reconoce como límites, tanto el modelo de “prevención internacional de crímenes”, de identificación rigurosa de los beneficiarios finales, cuanto el modelo “humanista” a que se refiere esta colaboración⁴²⁷.

Se consignan a continuación algunas manifestaciones de ese modelo humanista vigente para las sociedades:

i.-La exigencia legal de un sustrato empresarial.

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios.

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los contratos asociativos, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, “que no sea sociedad”. De tal suerte, toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa, no es sociedad y queda subsumida en algunas de las figuras de los “contratos asociativos”, que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478). En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales” pero deben ser todas “empresarias”.

En la actualidad, y salvo el caso de la SAS, el requisito se mantiene y fue ratificado por la nueva redacción del art.100 de la ley 19.550, introducida por ley 26.994, que exige para remover la casual de disolución que exista “viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad”.

Es un elemento “humanista” porque la empresa implica la existencia de una fuente de trabajo.

⁴²⁷ Favier Dubois, E.M. ““El Régimen Societario Argentino: diversidad de paradigmas y un modelo para armar”, en Jurisprudencia Argentina, año 2022-II, fasc. 13, pag. 1, del 1-7-22. TR LALEY AR/DOC/1914/2022.

ii.-La vigencia del principio de conservación de la empresa:

La preservación, continuación o mantenimiento en funcionamiento de la empresa constituye un valor a tutelar por el régimen jurídico en tanto giran a su alrededor una pluralidad de intereses: de los trabajadores, acreedores, fisco, accionistas y directores, la comunidad en general, en conjunto (denominados modernamente como “stake holders”).

Ello se afianza en países como la Argentina, donde el limitado tamaño del mercado, la escasez del capital disponible, la falta de una cultura de “emprendedores” y los costos y dificultades formales para crear nuevas empresas, hacen muy necesaria la conservación de las empresas existentes.

El mantenimiento de ese principio de conservación empresaria en la ley vigente resulta del art. 100 de la ley 19.550 y se infiere de la ley concursal conforme es reconocido pacíficamente por la doctrina nacional⁴²⁸

En la misma línea debe ubicarse la medición de la huella de carbono para la procedencia de la reactivación tal como postula la moderna doctrina para considerarse que existe la “viabilidad social” a que alude el art. 100 de la ley 19.550⁴²⁹

Es un elemento “humanista” porque al continuar la empresa continúa el empleo de sus trabajadores.

iii.-Las normas de tutela de las empresas familiares.

Entre las características de las empresas familiares, siendo también sus fortalezas, se cuentan el trasladar los valores humanos de la familia al ámbito de la empresa y de los negocios, el llevar adelante proyectos a largo plazo sin la compulsión a las ganancias inmediatas, el soportar mejor las crisis y el tener mayor cuidado que otras empresas respecto de su personal, de sus “stake holders” y del medio ambiente circundante⁴³⁰.

En tales condiciones se aprecia una vinculación entre las empresas familiares y algunos de los principios de los Derechos Humanos.

428 HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, t. I, ps. 321 y sigtes., Ed. Abaco, Bs. As., 2000; RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLLO, Daniel Roque, La Ley de Concursos y Quiebras, t. 3, p. 151 y sigtes., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; GRISPO, Jorge, Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras, t. I, p. 99 y ss., Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997.

429 Carlino, Bernardo “La reactivación societaria incluye la medición de la huella de carbono”, en el libro de Ponencias “XV Congreso Nacional....”, op. Cít., tomo IV, pag. 423.

430 Favier Dubois, E.M. “La empresa familiar: fortalezas y necesidades. Hacia su adecuada estructuración jurídica”, en la obra “XI Congreso Argentino de Derecho Societario y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As., 2010, tomo II, pag. 17.

Si bien las empresas familiares no constituyen una tipología societaria específica, poseen un importante marco legal, en el que se destaca el art. 1010 segunda parte del CCCN, que implica una manifestación del paradigma societario humanista⁴³¹.

Recientemente, la IGJ dictó la RG 19/21 admitiendo la inscripción de los “Protocolos de Empresa Familiar” en el Registro Público de Comercio, lo que implica un acto de reconocimiento y tutela⁴³².

En definitiva, las normas que en forma directa o indirecta persiguen tutelar el fortalecimiento y la continuidad de las empresas familiares se insertan en un modelo societario humanista.

iv.-El cupo de género en los directorios.

La lucha por la igualdad de género es una de las banderas de los Derechos Humanos⁴³³.

En Argentina, la resolución General 34/20 de la IGJ, con fundamento en Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (CEDAW y Belén do Pará, entre otros) y la ley 26.485, establece que las sociedades anónimas del art. 299 y en las Sociedades del Estado (además de otros entes), deberán obligatoriamente incluir en su órgano de administración, y en su caso de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género⁴³⁴

Las críticas que se le formularon, basadas en la falta de ley local que autorice la exigencia, pueden superarse mediante la aplicación directa de los Tratados de Derechos humanos, propia de la interpretación jurídica del Derecho Posmoderno.

Por su parte, la Comisión Nacional de Valores, por Resolución del 12 de marzo de 2021 aprueba una “Guía de recomendaciones para la igualdad de género en el ámbito

⁴³¹ Favier Dubois, E.M.-“La empresa familiar en el derecho privado”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2019.

⁴³² Favier Dubois, E.M. “La Inspección General de Justicia inicia la protección pública de las empresas familiares. La inscripción de ‘protocolos’ en el registro mercantil (RG 19/2021)”, en Temas de Derecho Comercial, Empresarial y del Consumidor, Ed. Erreius, Febrero 2022, pag. 79.

⁴³³ Herrera, Marisa, Fernandez, Silvia, de la Torre, Natalia (Directoras) “Tratado de géneros, Derecho y Justicia. Derecho constitucional y derechos humanos”, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs.As.-Sta.Fe, 2021.

⁴³⁴ Ver las posturas distintas en: Fernandez de Andreani, Patricia A. “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género”, LL AR/DOC/269/2020; Salvochea, Ramiro “Diversidad de género y la resolución (IGJ) 34/2020: un problema real, un camino equivocado”, Rev. Temas de D.Comercial, Empresarial y del Consumidor, Ed. Erreius, Bs.As., Noviembre 2020, pag. 1033 ; Mata, Juan Ignacio “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, LL AR/DOC/3218/2020; Spagnolo Lucía y Ferrnández de Andreani, Patricia “La IGJ marca agenda: la paridad de género y la igualdad real entre hombres y mujeres debe proyectarse a todos los espacios sociales”, Edit. Errepar, DSE, Boletín 32, Septiembre de 2020.

del mercado de capitales”, sin carácter obligatorio pero como un mensaje de gran importancia para el mercado (IF-2021-2210038-APN-GAL#CNV).

Se trata de un tema que genera arduos debates⁴³⁵ donde se advierte un gran avance de la posición feminista en la doctrina y en alguna jurisprudencia⁴³⁶.

v.-El juzgamiento con “perspectiva de género” en los conflictos societarios.

La perspectiva de género es un método que busca modificar la forma de comprender a la realidad a partir del género como categoría de análisis y hoy es una obligación para los jueces en tanto la CEDAW y la Convención de Belem do Pará fueron incorporadas a nuestro derecho interno como normas internacionales⁴³⁷

En materia de sociedades se ha aplicado en casos de juzgamiento del carácter propio o ganancial de acciones, cuotas o partes sociales en la liquidación de la sociedad conyugal de los socios, como así para analizar el equilibrio en los convenios de partición.

vi.-La transferencia a los trabajadores de la propiedad de las empresas insolventes.

Las cooperativas son empresas de la economía social, con grandes valores sociales pero problemas de financiación que en los últimos tiempos las legislaciones tratan de superar.

En la ley concursal argentina, como manifestación del principio humanista, aparece el fenómeno de las “empresas recuperadas”, que a la luz de lo establecido por la ley de concursos y quiebras 24.522, arts. 48 bis, 191bis y conc., genera la creación de cooperativas de trabajo⁴³⁸.

⁴³⁵ Vitolo, Daniel Roque “Paridad de género en la administración de las personas jurídicas privadas. De lo binario a lo diverso. De las recomendaciones y acciones positivas a la imperatividad”, LALEY AR/DOC/1989/2021; Mata, Juan Ignacio, “La resolución general 34/2020 de la IGJ y los estándares aplicables a las acciones positivas”, LALEY AR/DOC/3218/2020; Fernandez de Andreani, Patricia A. “La Inspección General de Justicia a la vanguardia en materia de paridad de género”, LALEY AR/DOC/2669/2020.

⁴³⁶ Spagnolo, Lucía “El cupo de género en los directorios y la autonomía de la voluntad”, en el libro de ponencias “XV Congreso Argentino...”, op.cít., tomo I, pag. 189; Boquín, Gabriela Fernanda y De Césarís, María Cristina “Cuota de género en los directorios”, en el libro de ponencias “XV Congreso Argentino...”, op.cít., tomo I, pag. 77; Alonso, Ana C. y Fernandez de Andreani, Patricia A. “Escasos antecedentes de la materia societaria con perspectiva de género. Un enfoque que recién empieza”, en el libro de ponencias “XV Congreso Argentino...”, op.cít., tomo I, pag. 37.

⁴³⁷ Ver Fappiano, Oscar L. “Juzgar con perspectiva de género. Pautas dadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LL AR/DOC/3719/2020; Medina, Graciela “Juzgar con perspectiva de género...” (www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2018/09/Doctrina3804.pdf)

⁴³⁸ Egea, Carina Fedra y Fernandez Andreani, Patricia A. “Las cooperativas. El capital y el financiamiento con impacto social”, LALEY AR/DOC/4046/2020.

Dicha solución, más allá de sus dificultades y necesidades⁴³⁹, en caso de quedarse la cooperativa con la explotación de la empresa concursada o quebrada, atiende la situación de vulnerabilidad de los trabajadores de la empresa insolvente, próximos a la pérdida de sus empleos, permitiéndoles acceder a su propiedad y gestión como modo de mantener sus ingresos, en una clara solución humanista.

3.-LOS DEBERES DE LOS DIRECTORES.

No obstante lo señalado consideramos que si bien las reglas internacionales sobre DDHH de las empresas tienen valor moral y no les resultan legalmente exigibles, ellas son suficientes para impedir la responsabilidad de los directores que, apartándose del fin de lucro, hubieran adoptado decisiones conforme con ellas en tanto tienen un carácter reglamentario de principios de DDHH que están en nuestra Constitución Nacional.

⁴³⁹Cracogna, Dante, “‘Cramdown’ y Cooperativas”, L.L, Cita on line, 0003/007463; Fernandez, Patricia “La Cooperativa de trabajo en la Ley Concursal: Un instrumento en la crisis?”, en Revista Electrónica del Departamento de Derecho Económico, Ftad de Derecho, UBA, en prensa.

EL CESE DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

FILIPPI, Laura

Entendemos que las causales de cese del administrador de hecho son equiparables a las causales de cese del administrador de derecho.

Existiendo causales denominadas automáticas: tales como la muerte del sujeto, los casos de incapacidad absoluta de hecho, pero también existen causales de cese del cargo que pueden ser ejercidas por el propio sujeto –administrador de hecho- como sería la renuncia a su cargo, la que deberá ser tratada, y en su caso inscripta.

Por último, de lo expuesto se deriva, que la única forma que tiene la sociedad de desvincularse del administrador de hecho que ejerce ese cargo, es mediante el proceso previsto por la propia ley de sociedades para el caso del administrador de derecho, esto es la decisión asamblearia de remover con o sin causa a dicho sujeto (arg. Arts. 234, 235 241, 256, 262, 265, 276 LGS), y la consecuente inscripción, ya que con ello se quiebra la apariencia generada por el administrador de hecho, y la inoponibilidad de los actos concluidos por este a la sociedad.

Además, sostenemos que es viable el pedido de intervención judicial de la sociedad administrada por un director de hecho exista o no uno de derecho.

Tal como lo ha expuesto la doctrina y para aproximarnos al concepto de administrador de hecho podemos, en primer lugar, dejar bien claro lo que no lo es.

Un administrador de hecho de una sociedad no es un administrador de derecho, es decir aquel nombrado conforme a todos los requisitos legales y estatutarios precisados para ello.

Será administrador de hecho quien, sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho.

El elemento esencial de la figura del administrador de hecho es el de autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de

gestión y administración de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y, por tanto, como expresión de la voluntad social.

A ello, debe añadirse la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia, pudiendo existir además un administrador de derecho que efectivamente ejerza funciones conjuntamente o alternadamente con el director de hecho o directamente un director nombrado formalmente pero que no ejercita la función como tal.

Ello así, desde el punto de vista sustancial, tal como es sabido, la función del administrador de una sociedad supone deberes de conducta y pautas de valoración regulados por normas generales y particulares atinentes a su responsabilidad, que deben considerarse de modo integral y complementario (art. 59, 271, 272, 273, 274 y 276 de la LGS, entre tantas otras).

Nuestro ordenamiento carece de un régimen general sobre los administradores y representantes de hecho, aunque la LGS hace referencia al supuesto, en el caso de las sociedades en comandita simple, donde se prevé la inmiscución habitual del socio comanditado en la administración, extendiéndole la responsabilidad por todos los actos de administración

La incorporación legislativa de la figura del administrador de hecho, es a partir del art. 52, último párr., de la ley 27.349, relativamente novedoso, aunque ya existían otros antecedentes en nuestra legislación -el art. 18, último párr., de la ley 19.550, referido a la responsabilidad de quien "actúe como" un administrador en una sociedad tenga un objeto ilícito, y el art. 191 del Cód. Civ. y Com. —referido a la responsabilidad de los miembros que administran de hecho a la simple asociación-.

Una de las características de la figura del administrador de hecho (y en su caso el representante orgánico de hecho) es que son sujetos que cumplen esas funciones, pese a no estar formalmente legitimados para hacerlo o cuya designación se encuentra viciada (Filippi L. "El administrador de hecho" Tratado de los conflictos Societarios, Duprat D. Director Tomo II, pág. 1789 y siguientes Ed. Abeledo Perrot)

En este sentido, tanto la doctrina nacional como extranjera ha conceptualizado, en forma genérica, al "administrador de hecho" expresando que es "aquel que sin título, o sin válido título gestiona o concurre en la gestión de la sociedad con un poder de hecho correspondiente a aquel que la ley reconoce a los administradores de derecho" (Galgano F. "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia", diretto da Francesco Galgano. Volumen VII La società per azioni. Ed. Cedam, Padova 1984, pág. 270.) o "Toda persona física o moral, que asuman los mismos poderes que un dirigente de derecho, y ejercite, de hecho con total soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión y dirección", particularmente la doctrina nacional ha expresado "entiéndase por directores de hecho, de facto o indirectos, a quienes administran la sociedad anónima en función de un mandato tácito o mas concretamente no en base al título jurídico por el cual se es administrador, sino en base del hecho de la administración, que puede ocurrir independientemente del título y de la investidura"

(Sasot Bates M. Sasot M “Sociedades anónimas. El órgano de administración” Ed. Abaco Bs.As. 1980, pág. 73).

Pese a no contar con un régimen general, entendemos que el administrador y el representante de hecho son conceptos predicables y con consecuencias en toda especie de persona jurídica, siendo que responsabilidad del administrador de hecho surge de normas y principios generales de nuestro ordenamiento (tales como la buena fe, la teoría de los actos propios y la teoría de la apariencia).

También como pauta general, es pacífica la opinión, que frente a la existencia de un administrador o un representante orgánico de hecho le serán de aplicación las mismas normas que se utilizarían de haber sido un administrador o un representante orgánico de derecho. En materia de responsabilidad frente a terceros, esto supone que aquellos podrán reclamar a la persona jurídica las consecuencias dañosas de lo actuado por sus administradores y representantes orgánicos de hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763 del CCCN y art. 59 LGS).

Con respecto a la persona jurídica y sus miembros, el administrador y el representante orgánico están sujetos a las mismas acciones de responsabilidad que los administradores de derecho (Sanchez Herrero P. “Responsabilidad de los administradores y representantes orgánicos de la SAS” LALEY AR/DOC/1786/2021).

En ese mismo sentido se ha sostenido, "Y se ocupa para decir que, en tal caso — de habitualidad—, esas personas no solo responden por su intervención efectiva, sino también por los actos en los que no hubieran participado, lo cual no implica establecer una responsabilidad automática por dichos actos, sino equiparar a esos administradores a los de jure que, porque también tienen ese desempeño constante, responden por su acción y por su omisión (art. 59, LGS), esto es, por toda la administración, sin poder eludir tal responsabilidad acudiendo al arbitrio de no participar" (Villanueva J., "El administrador de hecho en la SAS", Cita on line: TR LALEY AR/DOC/2213/2019).

Por su parte la jurisprudencia ha sostenido que “Quedan comprendidos dentro del instituto de la acción de responsabilidad, entre otros: i) el factor de comercio con atribuciones generales [-artículo 132 Código de Comercio-](#); ii) los mandatarios comerciales y civiles; (...) xiv) el administrador de hecho, etc. (cfr. Junyent Bas, "Responsabilidad Civil ante los Administradores Societarios", Ed. Advocatus, Córdoba 1996, págs. 41/2; en igual sentido, Rivera, Julio César - Roitman, Horacio y Vítolo, Daniel R., "Ley de Concursos y Quiebras", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2000, t. III, pág. 17; ídem, Estévez, J. Alejandro, "Responsabilidad de los administradores ante la quiebra de la sociedad", publicado en L.L. 2000-B, 1232) Cit en “CNCom Sala A “Productos El Orden SA S/ Quiebra C/ Loizzo Alberto Y Otros S/ Ordinario” del 30/06/11) y que “Como regla, a los administradores de hecho se les debe aplicar el mismo régimen de responsabilidad que concierne a los administradores de derecho (conf. Bonelli, Franco, Gli Amministratori de Societá per azioni, Giuffré Editore, Milano, 1985, pág. 259, n° 25-B; Fargosi, H. y Fargosi, A., Notas sobre los directores

de hecho, LL 1987E, pág. 577, cap. IV; Martorell, E., Tratado de las sociedades comerciales y los grupos económicos, Buenos Aires, 2010, t. II, pág. 374 y ss., n° 3.2; CNCom, Sala B, 4/9/68, "Frigorífico Setti SA s/ convoc. acreedores, hoy quiebra", RDCO 1970- 239), toda vez que "...la máscara se vuelve rostro y el que imita a los órganos legítimos sigue su suerte..." (conf. Cozian, M., Viandier, A. y Deboissy, F., Droit des sociétés, Editorial Litec, Paris, 2001, citado por Díaz Echegaray, J., Deberes y responsabilidades de los administradores de sociedades de capital, Thomson-Arazandi, Navarra, 2006, pág. 242 y ss.), siendo tal solución la que mejor protege los intereses en juego, es decir, a los terceros de buena fe, a los socios y a la propia sociedad (conf. Allende, L., Administradores de hecho, en la obra de AA.VV., "El directorio en las sociedades anónimas - Estudios en homenaje al profesor consulto Dr. Carlos S. Odriozola", Buenos Aires, 1999, pág. 275 y ss.), no resulta inadecuado sostener, por consecuencia, que la acción prevista por la ley 19551: 166 alcanza, entre otros posibles sujetos, precisamente a quienes de cualquier manera de hecho hubiesen asumido la administración del giro o patrimonio del sujeto quebrado (conf. Bergel, S., Responsabilidad de terceros en la quiebra, JA 1981-I, p. 742, cap. III, 2; Quintana Ferreyra, F. y Alberti, E., Concursos - Ley 19551, comentada, anotada y concordada, Buenos Aires, 1990, T. 3, pág. 247, nota n° 10; Bonfanti, M. y Garrone, J., Concursos y quiebra, Buenos Aires, 1976, pág. 570), máxime teniendo en cuenta que sería insostenible que aquél que sin tener derecho a ejercer determinada función la realiza de hecho, incurriendo en responsabilidad por dolo o por culpa, sea tratado con menor severidad que aquél que ejerce sus funciones conforme a derecho (conf. CNCom, Sala A, 30/6/11, "Productos El Orden SA s/ quiebra c/ Loizzo, Alberto y otros s/ ordinario") (CNCom Sala D, 62869/02 "Calderas y Tanques La Marina SA s/ Quiebra s/ Acción de responsabilidad por la Sindicatura de fecha 12/05/16).

Dicho lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia casi no han abordado el tema referido a el del "cese" del conceptuado administrador de hecho. Claramente siendo una cuestión fáctica, resulta difícil abordar el cese, cuando, podría pensarse, que, así como se ejerce de hecho la gestión, el cese de ese ejercicio, implicará el cese como administrador.

Entendemos que ello no es posible, sino que le son aplicables al administrador de hecho y para su cese, las mismas formas y procedimiento que se aplican al administrador de derecho, ello claramente en beneficio de la propia sociedad, y la protección de su interés social y en especial su vinculación con los propios socios y los terceros.

La jurisprudencia y la doctrina equipara, como se dijo, las figuras de hecho y de derecho, existiendo además algunos casos donde la jurisprudencia no solo los ha equiparado a los fines de imputarle responsabilidad, sino también a los efectos de reconocerle algunos derechos que como administradores le corresponden, como el de ser citado a reunión de Directorio. A modo de ejemplo en autos "Kahl Amalia Lucía c/

Degas S.A. s/ Sumario, CNCom. Sala E del 12.05.2016, la Sala, sostuvo que “Es que en tales condiciones, y no obstante la calidad de directora suplente de la actora, surge de la prueba –documental y pericial contable- que actuaba en el órgano de administración de modo permanente, mediando tolerancia con esa actuación por parte del otro administrador –el presidente- que además era el otro socio” (...). Declarando la nulidad de la asamblea por vicios en la reunión de Directorio que no citó a la administradora de hecho, ya que aquella “fue dispuesta alterando el modo en que se venían realizando las anteriores citaciones, ya que en esos casos el directorio –que se formaba con el presidente y con la directora suplente sin mencionar ese carácter- era el que disponía la convocatoria.

Ello así, las causales de cese del administrador de hecho son equiparables a las causales de cese del administrador de derecho. Existiendo causales denominadas automáticas: tales como la muerte del sujeto, los casos de incapacidad absoluta de hecho, y la quiebra de la sociedad (conf. 107 LCQ).

Pero también existen causales de cese del cargo que pueden ser ejercidas por el propio sujeto –administrador de hecho- como sería la renuncia, la que deberá ser tratada, conforme el artículo 259 LGS y en su caso inscripta.

Por último, de lo expuesto se deriva, que la única forma que tiene la sociedad de desvincularse del administrador de hecho considerado y calificado como tal, es mediante el proceso previsto por la propia ley de sociedades para el caso del administrador de derecho, esto es la decisión asamblearia de remover con o sin causa a dicho sujeto. Ambos supuestos previstos en la LGS (234, 235 241, 256, 262, 265, 276 LGS).

En este último sentido también se ha expresado la jurisprudencia sosteniendo que “Corresponde rechazar in límite la demanda incoada por quienes se presentaron invocando el carácter de herederos de un socio de la Sociedad de Responsabilidad Limitada, contra el restante socio de dicho ente en su carácter de administrador "de hecho" de la sociedad denominada, a fin de que rinda cuentas sobre la gestión social, se lo condene al pago de las sumas que correspondan, y de ser necesario, se proceda a la liquidación de la sociedad. Ello así, pues en las sociedades regulares (...) los actores deberán arbitrar los medios tendientes a poner en funcionamiento los remedios y procedimientos previstos en esa normativa específica. (...) Además, los accionantes omitieron demandar a la SRL, pues dirigieron la acción exclusivamente contra quien revestiría la calidad de socio y administrador. El reclamo judicial tendiente a obtener el suministro de la información que prevé la LGS 55, debió dirigirse contra la sociedad, no contra los administradores, quienes en todo caso podrán ser citados al juicio en tanto pasibles de, una eventual demanda de responsabilidad y/o remoción por incumplimiento de sus deberes legalmente impuestos (conf. Roitman, H., "Ley de Sociedades Comerciales comentada y anotada", Buenos Aires, 2006, t. I, p. 788) (CNCom Sala D 2503/21 Vega, Javier Mariano y Otros c/ Cruz Hugo Juan S/ sumarísimo” LL ONLINE, AR/JUR/200777/2021 del 23/12/21).

Además, agotada la vía interna societaria, esto es el pedido de remoción con causa, y frente a la eventual imposibilidad por no lograrse las mayorías, procederá –en su caso- también la intervención judicial de la sociedad (art. 113 y sgtes LGS), y dependiendo del caso, podrá designarse judicialmente un veedor, un coadministrador - que coadministrará conjuntamente con el administrador de hecho y en su caso de derecho- o directamente un interventor judicial pleno, que desplazará provisoriamente al administrador de hecho (y en su caso de derecho) cuya remoción con causa se ha solicitado (arg. CNCom 16911/10 “Pereira Marcelo Luis y Otro c/ Aswell SA s/ Medida Precautoria del 22/05/12).

**ALCANCES DE LA LEGITIMACIÓN RESIDUAL DE LOS
ADMNISTRADORES DESPLAZADOS EN LA INTERVENCIÓN JUDICIAL**
FILIPPI, Laura

Sumario:

Si bien los administradores desplazados conservan legitimación residual para la defensa del ente en la medida cautelar que designó al interventor, aquellos no tienen legitimación residual en representación del ente en la acción de remoción, salvo excepcionalmente, no siendo la legitimación residual en el proceso principal una regla o principio general, debiendo ser autorizada y limitada en sus alcances por el Tribunal interviniente.

Es objetivo de este trabajo reflexionar sobre los límites de la legitimación residual procesal de los administradores apartados en caso de intervención judicial plena –con desplazamiento–.

Para ello, abordaremos el tema desde un supuesto fáctico y desde dos ópticas: (i) desde el punto de vista de los administradores desplazados y (ii) desde el punto de vista del alcance de facultades del interventor judicial pleno.

El supuesto fáctico, parte de la iniciación de la acción de remoción con causa por parte de alguno de los legitimados para ello⁴⁴⁰, y el vinculado pedido de intervención judicial (113 LGS), como medida cautelar accesoria a la acción principal⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ Al respecto vid. Molina Sandoval C. "Intervención judicial de sociedades comerciales" Ed. La Ley 2003, pág. 111 y sgtes.

⁴⁴¹ Partimos de la base que se han cumplido todos los requisitos previstos en la LGS a tal fin, a saber: a. acreditación de la calidad de socio; b. agotamiento de las vías internas societarias; c. acreditación del peligro grave para la sociedad; d. iniciación en forma conjunta o anterior la acción

La procedencia de la medida cautelar accesoria, esto es la intervención judicial, en su mayor grado, implicará el desplazamiento del o los administradores cuya remoción se persigue -ya sea en forma transitoria o hasta la sentencia definitiva⁴⁴²-, sosteniendo la doctrina mayoritaria⁴⁴³ que en ese supuesto, los administradores desplazados “conservan legitimación procesal tanto en el proceso principal de remoción cuanto en sus accesorios en representación del ente”.

Esta afirmación, que ha sido recogida en algunos antecedentes jurisprudenciales⁴⁴⁴ se funda, principalmente en la equiparación del supuesto con el

de fondo, es decir la acción judicial de remoción con causa y e. ofrecimiento y concreción de contracautela suficiente.

⁴⁴²Perez Hualde F. “Plazo de duración de la medida judicial de intervención de sociedades” en XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013, pág. 350 y sgtes.).

⁴⁴³ Perez Hualde F. [“Legitimación de los administradores suspendidos en sus funciones, para actuar en representación de la sociedad en el proceso principal de remoción y su accesorio de intervención”](#) en: XII Congreso Argentino de Derecho Societario, VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 2013, pág 345 y siguientes); El administrador judicial no tiene por función representar y defender a los órganos desplazados de la sociedad, en tanto éstos conservan una legitimación residual para los intereses del ente en relación al proceso (Verón A. “Ley General de Sociedades”, 3ª Edición comentada, anotada, concordada, ampliada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994, Tomo III, pág. 288, Editorial Thompson Reuters – La Ley, Año 2015). La legitimación pasiva, tanto en el juicio principal de remoción como así también respecto de la medida precautoria de intervención, la tiene la sociedad. En el caso, los administradores removidos tendrán legitimación pasiva, además, para su defensa personal si fueren demandados, pero conservan la representación de la sociedad a los fines de la defensa de la misma” Perez Peña, L. “Intervención judicial de sociedades comerciales”, pág. 112, Editorial Ad-Hoc, Colección temas de Derecho Empresario de la Universidad Austral, Año 2005; Pérez Hualde F. “Legitimación de los administradores suspendidos en sus funciones para actuar en representación de la sociedad en el proceso principal de remoción y su accesorio de intervención”, Tomo II, pág. 345, XII Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, UADE, Buenos Aires y “A quien corresponde ejercer la defensa en nombre y representación de la sociedad intervenida en el proceso principal de remoción y su accesorio de intervención? en “Aspectos Procesales en las sociedades y los concursos” Dir. Martín Arecha, IADC Ed Legis Argentina SA, 2014, pág. 81 y siguientes.

⁴⁴⁴ CNCom Sala D, “Tobal, Ricardo c. Jurca SA s/ medida cautelar” del 20.08.85 sostenido que “Emplazada a juicio la sociedad, no cabe denegar la representación a las autoridades sociales que han sido desplazadas temporariamente mediante diligencia cautelar pronunciada en incidente del juicio”; en el mismo sentido CNCom Sala A, “Marcaida de Di Paola c. Marcaida Hermanos SA s/ Medida Precautoria” del 5.07.02 sostiene que “No es dable estructurar una clasificación de las atribuciones y deberes del interventor judicial, pues ello depende no solo del tipo de intervención de que se trata, sino también de las que puntualmente le indique el juez en cada caso particular. De modo pues, que si se designa al mentado funcionario con las mas amplias facultades (tal lo acontecido en la especie)

normado por el artículo 17 de la Ley 24.522 (“LCQ”), donde el “deudor” no pierde su legitimación para actuar en el proceso concursal; también, en la equiparación a la situación prevista en el art. 253 LGS representante especial, fundado en que sería la mayoría la que resistió la remoción; en los derechos constitucionales en juego, el de defensa de los administradores removidos, en el respeto al debido proceso en favor del ente, que no puede quedar indefenso; asimismo, que no puede el propio interventor, resistir la medida, siendo que quienes apelen la decisión deben ser el o los administradores desplazados en representación del ente y por último que la intervención resulta provisional y revocable, siendo los desplazados quienes deben reasumir sus roles, eventualmente⁴⁴⁵.

Por nuestra parte, entendemos que si bien los administradores desplazados conservan legitimación residual para la defensa del ente en la medida cautelar que designó al interventor⁴⁴⁶, aquellos no tienen legitimación residual en representación del ente en la acción de remoción, salvo excepcionalmente, no siendo la legitimación residual un principio general o regla, debiendo ser autorizada y limitada en sus alcances por el Tribunal interviniente.

Desde el punto de vista de las facultades el interventor judicial, conforme lo establece la doctrina y la jurisprudencia la designación de un administrador judicial (pleno), implica el apartamiento del o los sujetos que componen el órgano de administración, los que son reemplazados por un auxiliar de la justicia que actúa en interés de la propia sociedad y en beneficio de los socios.

Así el administrador judicial, desplaza al órgano natural de administración y gestiona y representa a la sociedad, cumpliendo todas las funciones que la administración posee conforme la ley, el estatuto y el reglamento y las disposiciones del Tribunal, en el auto de designación o posteriormente⁴⁴⁷. Reemplaza a los administradores naturales por el desplazamiento total de los mismos, y es quien ejerce

ello no implica en modo alguno la pérdida de legitimación de las autoridades naturales del ente para seguir actuando en el proceso en que la medida cautelar fue decretada”.

⁴⁴⁵ “Ello es así por cuanto, en caso de revocación posterior de la intervención, serán los administradores naturales los que deberán asumir el cargo del que habían sido desplazados, y en función del derecho de defensa del sujeto ideal” CNCom., Sala A, del 28/08/1997, in re: “Romero, R. c/ Eabsa S.A.” LL, 1998-F, pág. 757.

⁴⁴⁶ En el mismo sentido Bello Knoll S. “La representación judicial de la sociedad anónima por los administradores removidos ante la intervención judicial con desplazamiento de administradores en el juicio donde se concede la medida” en “Aspectos Procesales en las sociedades y los concursos” Dir. Martín Arecha, IADC Ed Legis Argentina SA, 2014, pág. 71 y siguientes.

⁴⁴⁷ Roitman H. “Ley General de Sociedades” Tomo III, 3ª edición, pág. 530 y siguientes.

sin dudas la representación de la Sociedad, mientras la medida cautelar se encuentre vigente y/o hasta su levantamiento definitivo⁴⁴⁸. Para ello no hacen faltas facultades específicas de parte del Tribunal, siendo la representación –procesal o extra procesal– inherente al cargo de interventor pleno.

Siendo el representante del ente y salvo –eventualmente– hasta la asunción de este en el proceso de remoción, los administradores desplazados no tienen legitimación residual para actuar en representación del ente en la acción principal de remoción, aunque si en la medida cautelar de intervención judicial.

Nuestra postura no solo se basa en el desplazamiento de la representación de la sociedad de los administradores apartados hacia el interventor judicial, sino, además, porque claramente existe conflicto de intereses entre la sociedad y los administradores desplazados.

Efectivamente, desde el punto de vista de los administradores desplazados, el conflicto de intereses entre el director que se pretende remover y la sociedad cuyo interés se pretende tutelar, tiene regulación legal (art. 272, LGS) y le impone al Director, la

⁴⁴⁸ En este sentido, también se ha expresado la jurisprudencia sosteniendo: “Ello es indudable que el interventor ha asumido en la especie la representación de la sociedad demandada, pues su actividad supone necesariamente el desplazamiento de los administradores designados por los mecanismos sociales. Justamente, en materia de sociedades anónimas, la intervención judicial constituye una de las causas de cesación del directorio esto surge no solo del mismo LS: 303-2plicacion, que se refiere a la intervención de la administración sino también del LS: 115, que dispone en su primer párrafo, que la intervención puede consistir en la designación de un "mero veedor", de uno o varios "coadministradores" o de uno o varios "administradores". De allí que, si se trata de un veedor, no desplaza a la administración social natural; si se trata de un coadministrador, concurre con aquella; pero si se trata de un administrador, es evidente que produce la remoción del directorio o del órgano que asuma la administración de la sociedad según su tipo. en el caso, dados los términos de la resolución y la circunstancia de haber sido ella decretada con sustento en el LS: 303-2plicacion, el "interventor" cumple funciones de "administrador", desapareciendo por ello el directorio como representante dela sociedad. (CNCom, Sala B, 28/10/77, Franchi, Reynaldo C/ Frigorífico San Fernando SA”). En el mismo sentido se ha sostenido “...que el interventor judicial ostenta la legitimación para actuar en el marco del proceso en representación de la sociedad concursada, pues al ser quien debe velar por la conservación de los bienes que le han sido confiados, así como por la continuidad funcional de la sociedad, debe considerarse que inevitablemente se encuentra incluida su potestad de gestionar el concurso preventivo y correlativamente su obligación de petitionar ante el Juez de dicho proceso universal todo aquello que sea conducente al éxito de dicha actuación, de conformidad con lo dispuesto por el estatuto, por la ley y bajo el estricto marco de las tareas que le fueron encomendadas (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I (CCivComSanIsidro)(SalaI) del 31/07/2020 Causa 45.203).

abstención de intervenir en la respectiva deliberación (bajo pena de incurrir en responsabilidad).

En este supuesto, el director estaría representando dos intereses que no necesariamente coinciden: por un lado, el director, en cuanto tal, integra un órgano encargado de velar por el interés social; por el otro, y a nivel funcional, procurará repeler cualquier intento de remoción, mediante el cual se le impute responsabilidades derivadas de su actuar⁴⁴⁹. La legitimación residual, no puede implicar la permisividad de la resistencia de la medida como si ello fuera el interés de la Sociedad, confundiendo así los intereses del ente con los de los administradores desplazados.

Si bien la demanda de remoción se inicia contra la sociedad, también debe iniciarse contra cada uno de los administradores cuya remoción con causa se está procurando. Se tutela así el derecho al debido proceso y de defensa en juicio de los administradores desplazados, los que intervienen por derecho propio en el debido proceso de remoción.

Por último, esta interpretación que se propugna cede en el caso que la intervención judicial haya sido decretada, frente al pedido de un organismo con facultades para ello, como sería el caso de IGJ.

⁴⁴⁹ Así la CNCom Sala C en autos “50211/08. Pisani, Marcelo S/Maderera Futuro S.A. S/ Ordinario. 9/10/09, sostuvo que “Corresponde denegar el pedido de la interventora de la sociedad anónima, dirigido a que se la exima de contestar la demanda y que a tal fin se declare que la sociedad intervenida tiene una legitimación residual, toda vez que su argumento radica en que prima facie surgiría una incompatibilidad entre su rol de interventora y un posicionamiento procesal en la causa, ya que debería adoptar un temperamento acorde con la pretensión de la actora o la demandada, habiéndose dispuesto la intervención a instancias de aquélla. Sin embargo, dicho recurso no puede prosperar, toda vez que la interventora es auxiliar del juez y por ende nada de lo que haga en ejercicio de su mandato podrá ser descalificado como parcial. La orden judicial de designar una intervención cubre el desempeño de su función por parte del interventor de cualquier sombra acerca de su independencia respecto de las partes. (...)”.

REGISTRO PÚBLICO. SIMPLEMENTE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY

HADAD, Lisandro

Introducción

Se dice que Ihering tuvo un sueño. En él, soñó que había muerto y se iba al paraíso. Pero éste era un paraíso especial reservado solo para los teóricos del derecho. En él se encontraba uno, frente a frente, con numerosos conceptos de la teoría jurídica en su absoluta pureza, libres de toda contaminación de la vida humana. Allí estaban presentes los espíritus incorpóreos de la buena y la mala fe, de la propiedad, de la posesión. Estaban asimismo los instrumentos lógicos para manipular y transformar esos conceptos, pudiéndose así resolver los más apasionados problemas del Derecho. Una prensa hidráulica dialéctica para la interpretación nos permitía extraer a presión un ilimitado número de interpretaciones de cualquier norma jurídica. Un aparato para construir ficciones y una máquina para partir cabello en 999,999 partes iguales, en manos de los juristas más expertos, podía dividir cada una de las partes resultantes en, a su vez, 999,999 partes. Las posibilidades de este paraíso eran ilimitadas para los juristas más calificados, siempre que los mismos bebieran un líquido leteo que provoca el olvido de todos los asuntos terrenales de los hombres. Pero para los juristas más expertos el líquido era superfluo. Ellos nada tenían que olvidar⁴⁵⁰.

Sirva la presente introducción a las propuestas que realizare sobre el funcionamiento del Registro Público de la ciudad de Rosario a fin de que el mismo se acerque a sus funciones y a la realidad empresaria.

Propuesta

1. Se propone el respeto de la ley de parte del Registro Público.
2. Se propone que el Registro Público de la ciudad de Rosario cumpla con la propia ley que lo crea Nro. 3397 de 1948, Artículo 23: "El secretario encargado del Registro Público podrá observar los actos y documentos que se le presenten a inscripción por vicios o defectos de forma o por falta de capacidad de los otorgantes, o por tener

⁴⁵⁰ Cohen Felix. El método Funcional en el Derecho, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 11-12.

un objeto contrario al orden público... En aquellos casos en que el control fiscal y de legalidad de instrumentos constitutivos de todas las sociedades por acciones, sus modificaciones, reglamentos, aumentos de capital, fusión, escisión, disolución, designación de sus liquidadores, remoción de las causales de disolución, cancelación de la inscripción y todo otro acto, documento o instrumento cuyo control haya sido realizado en forma previa a la solicitud de registración por parte de la Inspección General de Justicia de la Provincia de Santa Fe, el Registro Público no realizará un nuevo control y deberá proceder sin más a inscribir los actos, documentos o instrumentos aludidos.” Artículo. 24.- “El secretario encargado del Registro público de comercio, no puede investigar la verdad de las declaraciones contenidas en los actos y documentos registrados, ni convalida los que fuesen nulos o anulables.”

3. Se propone que no se requiera el certificado de libre inhibición del cesionario para la transferencia de las cuotas sociales.
4. Se propone que no se requiera acreditar la sede social mediante constatación notarial para la registración de las sociedades.
5. Se propone que no se requiera la presentación del balance para la inscripción de la prórroga de las SRL.
6. Se propone tener en cuenta que el derecho es un sistema de regulación de conductas, y su relación con la economía es evidente. Que dentro de este sistema de regulación de conductas, el derecho de sociedades afecta de manera significativa al emprendimiento, la innovación, la financiación de empresas, el desarrollo del mercado de capitales y el crecimiento económico del país.
7. Se propone recordar que la burocracia aleja al emprendedor.
8. Se propone que mediante el cumplimiento de la norma, el Registro Público se acerque a la realidad empresaria y no dificulte la registración de sociedades.
9. Se propone por último, a pesar de su obligatoriedad, hacer honor a lo manifestado por nuestra CSJN “que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso”⁴⁵¹.

⁴⁵¹ Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7-ago-2007. MJ-JU-M-13293-AR | MJJ13293.

LA COOPTACIÓN EN LA SAS

JURE RAMOS, Solange⁴⁵²

Sumario

En función del principio de la autonomía de la voluntad que rige a la S.A.S. y del orden normativo establecido en la propia ley 27.349, es posible en relación a ésta tipología, fijar contractualmente un sistema diferente de elección de administradores reemplazantes, apartándose del procedimiento establecido en la L.G.S. para la reintegración de directores, e introducir un sistema hasta ahora ajeno al derecho societario argentino como podría ser la cooptación.

Opciones normativas para el reemplazo de los administradores en el ordenamiento societario actual

El régimen societario vigente establece diferentes opciones para el reemplazo de los administradores o miembros del órgano de administración.

De la redacción del art. 258 de la Ley General de Sociedades (en adelante L.G.S.), se advierte que el ordenamiento regula dos especies o dos opciones jurídicas distintas de reemplazo de administradores fijando diferentes competencias orgánicas a esos fines .

En este sentido, y más allá de las diferencias en orden a la interpretación de esta norma, de las innumerables problemáticas que pueden presentarse a partir de la necesidad de reemplazo de los administradores y de esas figuras entre si, habremos de referirnos aquí **exclusivamente a la Sociedad por acciones simplificada (en adelante S.A.S.)**, y en relación a ésta tipología, **la posibilidad de fijar contractualmente un sistema diferente de elección de reemplazantes.**⁴⁵³

⁴⁵² escribaniajureros@gmail.com

⁴⁵³ A modo de aclaración, en la presente será indistinto para nosotros referirnos a órgano de administración o directorio, así como a director o administrador, en el conocimiento de que la designación de directores o directorio es requisito tipificarlo en el caso de la sociedad anónima (en adelante S.A.) y la denominación del órgano de administración y de quienes desempeñen la función de administradores podrán decidirlos los socios en cada instrumento constitutivo de una S.A.S.

La reintegración del órgano de administración en la S.A.S.

El tema de la vacancia del órgano de administración y su reintegración en la S.A.S., tiene desde nuestro punto de vista, algunas particularidades.

El artículo 50 de la L.A.C.E. determina que en el instrumento constitutivo: “... deberá designarse por lo menos un suplente en caso de que se prescindiera del órgano de fiscalización”. Eso es todo lo que la norma, e incluso el articulado en general refiere en relación a este tema.

Organización de la S.A.S.

Bajo ese título, la L.A.C.E. en el capítulo IV a partir del artículo 49 establece un orden normativo aplicable al funcionamiento de los órganos. Vale decir que en lo que a materia orgánica se refiere, y luego de lo que establece la L.A.C.E. y lo que los socios pudieran haber determinado en el instrumento constitutivo conforme el principio de la autonomía de la voluntad en esta materia⁴⁵⁴, la ley remite de manera supletoria a las normas de la sociedad de responsabilidad limitada (S.R.L.) - no a las de la S.A.- y luego a las de la L.G.S.-

Sin embargo, y en lo que a reintegración del órgano de administración se refiere, la L.A.C.E. parece apartarse de aquella regulación prevista para la S.R.L. y acercarse a la S.A., estableciendo la obligatoriedad de la designación de un suplente, salvo que la S.A.S. tuviera órgano de fiscalización, lo que en la interpretación integral, nos obliga a detenernos brevísimamente en la regulación que la L.A.C.E. trae en relación al órgano de fiscalización.

En orden a esto, el artículo 53 de la L.A.C.E. establece, de manera muy escueta que “En el instrumento constitutivo podrá establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por sus disposiciones y supletoriamente por las normas de la ley 19.550 general de sociedades en lo pertinente”. Frente a esto nos preguntamos, sin analizar la redacción de la norma ni el alcance o posibilidades de fiscalización privada que ha pensado el legislador, si la diferente redacción de los artículos 258 L.G.S. y 50 L.A.C.E nos permitiría, de toda maneras, inferir que el artículo 258 L.G.S. aplica a la S.A.S. y que por lo tanto también frente a esta tipología sería viable y como única alternativa legal posible, la designación de un director sustituto cuando fuera necesario por parte del órgano de fiscalización, cualquiera sea el que

⁴⁵⁴ Sólo limitada según nuestro criterio en orden a la competencia del órgano de gobierno para resolver en su caso la disolución de la sociedad (art. 55 L.A.C.E.) y del órgano de representación que desempeñará esa función propia exclusiva y excluyente (art. 51 4ª párrafo L.A.C.E).

contractualmente se hubiere dispuesto, salvo, como siempre, previsión estatutaria en otro sentido.

Las competencias orgánicas. Desplazamiento

En orden a esto, y conforme nuestra estructura normativa, los únicos órganos con competencia para designar administradores a la fecha son la asamblea de accionistas, o en su caso, el consejo de vigilancia, o bien tal como vimos en el caso previsto por el art. 258 L.S.C. 2º párrafo (director sustituto) el síndico.

Ahora bien, y en función de lo referido anteriormente nos preguntamos ¿podría el instrumento constitutivo de una S.A.S. determinar que serán los administradores quienes tendrán competencia para designar directores reemplazantes, cualquiera sea, suplente o sustituto, o necesariamente deberemos aplicar a este tipo social el art. 258 LS.C y en consecuencia frente a un supuesto de vacancia y la falta de suplentes será el órgano de fiscalización el único con facultad para designar un sustituto?

En el caso de la S.A.S. y en función del art. 49 LACE ya referido, la voluntad de las partes será la que prevalecerá a la hora de determinar la organización de la sociedad, con las únicas salvedades marcadas por los artículos 55 y 51 4º párrafo. En consecuencia, entendemos que aquella rigidez en orden a las competencias orgánicas fijadas por el legislador para la S.A., podría modificarse libremente en el caso de la S.A.S.

En este orden de ideas, no encontramos dificultad alguna en que contractualmente pudiera establecerse un mecanismo hasta ahora ajeno a nuestro ordenamiento y prever la cooptación como sistema posible para subsanar las faltas o vacancias en el órgano de administración de la S.A.S.. A partir de allí entonces la competencia para elegir reemplazantes en el directorio no será del órgano de gobierno ni del órgano de fiscalización tal como lo conocemos hasta hoy y como resulta obligatorio para la S.A., sino que podría, y entendemos sólo para la S.A.S., desplazarse al propio órgano de administración si así lo determinaran los socios en el instrumento constitutivo.

REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN ZONA DE CRISIS⁴⁵⁵

MARCOS, Fernando Javier⁴⁵⁶

Sumario:

Cuando la sociedad ingresa en una zona de crisis patrimonial los deberes fiduciarios de los administradores de obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios, no cambian de destinatario en el régimen legal argentino, es decir, la sociedad e, indirectamente, los socios.

No obstante, cuando las dificultades económicas y financieras comienzan a dar muestras de cierta persistencia y, en especial, de un paulatino agravamiento que no es circunstancial y pasajero, sino todo lo contrario, se activa el deber de obrar con mayor cuidado y pleno conocimiento de las cosas que prevé el artículo 1725 del Código Civil y Comercial, agravando así, la responsabilidad de los administradores.

Estos deberán proceder en estos casos, con mayor cuidado, celo y buena fe, desplegando toda acción a su alcance para sortear las dificultades y, principalmente, para evitar perjudicar a los acreedores, cuyos créditos deben ser satisfechos previamente, para que luego los socios puedan volver a percibir sus dividendos legítimamente (artículos 59 y 274 de la ley 19.550).

⁴⁵⁵ Esta ponencia reconoce como antecedente el trabajo que he publicado bajo el título “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores de sociedades en la legislación argentina” en la *Revista Argentina de Derecho Societario* - Número 32 - diciembre 2022. Fecha: 20-12-2022 de la Universidad Austral editada por IJ Editores (Cita: IJ-MMMDCCLXVII-966), donde se profundizó lo planteado en la ponencia titulada “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores” presentada en el “XV CONGRESO ARG. DE DER. SOC. - XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DER. SOC. Y DE LA EMPRESA”, Córdoba, 2022, Libro de Ponencias, T. IV, p. 129 y ss. y en la ponencia “Zona de crisis y responsabilidad de los administradores. Sus alcances”, presentada en LXXV ENCUENTRO DE INST. DE DER. COMERCIAL DE COLEGIOS DE ABOGADOS DE LA PCIA. DE BS. AS., realizado en Avellaneda, los días 30 de junio y 01 de julio de 2022.

⁴⁵⁶ Miembro del Instituto Argentino de Derecho Comercial, del Instituto de Derecho Comercial del Colegio Público de Abogados de Capital Federal y del Instituto de Derecho Civil, Comercial y Procesal del Colegio de Abogados de Mercedes, Pcia. de Bs. As.

I. Introducción al tema. Primeras consideraciones

1. La escasez que, poco a poco sobreviene y que se va agravando cuando un sujeto, en especial, de una sociedad —empresa—, ingresa en los sinuosos caminos que conducen a la insolvencia, motoriza todo tipo de ideas direccionadas hacia el lógico objetivo de tutelar su patrimonio y de lograr su recomposición, cuando es menester, porque aquel constituye la garantía común de los acreedores, tal como lo explicita actualmente el artículo 242 del Código Civil y Comercial, el cual se encuentra integrado por los bienes presentes y futuros del deudor, según lo indica el artículo 743 del mismo código.

Para poder materializarlo, además de las diversas acciones previstas por el legislador para proteger la integridad del patrimonio e intentar que los bienes regresen al redil del que no debieron salir, cuando ello hubiese sucedido, otra forma de alcanzar esa meta, en parte, es mediante la promoción de *acciones de responsabilidad* para obtener la reparación del daño injustificadamente causado al ente, a los accionistas e, incluso, a terceros, por parte —en el caso que ocupa estas líneas— de los administradores de sociedades, reguladas estas acciones, tanto por la societaria como por la ley concursal (artículos 276, 277, 278 y 279, ley 19.550 y artículo 173, ley 24.522).

En esa dirección, las cosmovisiones sobre este especial capítulo del derecho societario de la responsabilidad de los administradores son diversas y se acrecientan cuando el obrar de estos se evalúa frente a la *crisis* de la compañía que, vale aclarar antes de avanzar, comprende necesariamente etapas previas a la *insolvencia*, identificada esta última en nuestra Ley de Concursos con la *cesación de pagos*, o sea, “es el estado de un patrimonio impotente para afrontar las obligaciones que lo gravan”⁴⁵⁷.

La referencia a esas instancias previas merece un puntual cuidado y atención a la hora de analizar el comportamiento de los administradores, quienes por su rol y a causa de la manda legal que les impone el deber de *obrar con la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios*, se ven obligados —*deben*— a tomar decisiones razonables y oportunas para evitar o paliar los efectos de dicha crisis.

Claro que ello no solo compete a los administradores, sino también y, en gran medida —aunque no siempre—, a los socios, aunque aquí nos ceñiremos exclusivamente a la problemática que propone el título de este ensayo.

Actuar dentro de los parámetros legales que impone el artículo 59 de la ley societaria, significa prevenir el daño, obrando a tiempo con el profesionalismo que se

⁴⁵⁷ FERNÁNDEZ, Raymundo, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, Ed. Cía. Impresora Argentina S.A., 1937, p. 274.

deriva de esa responsabilidad agravada del buen hombre de negocios a la que hice mención anteriormente, velando por el interés social, el de los accionistas y el de los terceros que potencialmente se puedan ver perjudicados por la dificultades que provoque el incumplimiento de las obligaciones a su cargo por parte de la sociedad deudora.

Es común que esas dificultades para cumplir, comiencen en la mayoría de los casos —mas no necesariamente en todos—, asociadas a una inadecuada gestión y, en ocasiones, también a una progresiva *infrapatrimonialización* causada por el mayor, constante y, cada vez, más costoso endeudamiento que se va gestando ante la imposibilidad sostenida de resolver el déficit con otras medidas o acciones económica y financieramente más potables y superadora que solo tomar deuda para pagar cada vez más deuda.

Desde la sanción del Código Civil y Comercial y de las parciales reformas al texto de la ley 19.550 que trajo la ley 26.994, los abordajes y los alcances de aquella responsabilidad, básicamente de gestión y de administración de una *empresa* y, por cierto, de un *patrimonio ajeno* —el de la sociedad—, se han profundizado con importantes análisis y argumentos. Se suma a esto, la tendencia general al *ensanchamiento de la responsabilidad*, a cuyo impacto no ha sido ajeno el derecho societario.

Con distintos matices, se encuentran aquellos que, con una perspectiva más integradora de las normas especiales y del Código citado, arriban a conclusiones que, con una apreciación menos rigurosa de los artículos 150 y 1709 y , definitivamente más amplia de los artículos 1º, 2º y 3º, todos del Código Civil y Comercial, abren la posibilidad de extender la responsabilidad de los administradores de sociedades sobre la base de reglas previstas para los administradores de personas jurídicas privadas en *general*.

Pero también, están quienes se apoyan para definir estas cuestiones en la ley societaria como norma especial y, por lo tanto, de aplicación preferente frente a las normas del Código Civil y Comercial, tal como lo disponen sus artículos 150 y 1709 ya referidos, aunque sin dejar de reconocer la vigencia y aplicación de los preceptos que informan la *teoría general de la responsabilidad civil* regulada en el Código Civil y Comercial —y, anteriormente, en el Código Civil—, en tanto no se opongan a las reglas del régimen societario —y concursal—, grilla, adelante, en la que me ubico.

Las distintas maneras de pensar, interpretar y aplicar el derecho societario que he sintetizado anteriormente —con las limitaciones que ello implica—, no solo se refleja en el campo de la responsabilidad, sino también, en el estudio de diversos temas vinculados directamente con las sociedades, como por ejemplo, el concepto y rol del capital social, especialmente cuando se ingresa en la compleja —a la hora de establecerla en la práctica— *zona de insolvencia* , o sea, “aquel estado de la sociedad en la que se

encuentra en dificultades para atender normalmente su pasivo”⁴⁵⁸, es decir, que no puede cumplir con sus obligaciones exigibles en forma regular.

II. Zona de insolvencia o zona de crisis

1. Desde la perspectiva que he expresado en el punto anterior y para tratar el tópico bajo estudio, personalmente prefiero referirme a esta particular situación o estado patrimonial como *zona de crisis*, en lugar de *zona de insolvencia*.

Ello, no solo para evitar que se la pueda vincular conceptualmente —al menos en el ámbito del derecho argentino— con la insolvencia misma o cesación de pagos, sino para incluir dentro de esta denominación a la *preinsolvencia*, es decir, esa instancia donde comienzan a vislumbrarse las dificultades patrimoniales económicas y financieras con rasgos de generalidad que, habitualmente, por no decir casi siempre, preceden a la cesación de pagos —insolvencia económica— que regula nuestra ley concursal, en muchas ocasiones asociada a progresivos procesos de *infracapitalización material* o de *infrapatrimonialización*, como se los quiera denominar.

Entiendo que hablar de *zona de crisis* es la forma más adecuada de identificar realmente y en toda su dimensión, ese período temporal que comienza cuando aparecen esas primeras alarmas o alertas que, por su relevancia, reiteración o paulatino agravamiento, no pueden pasar desapercibidas para un administrador que se desempeña con el debido cuidado que exige la responsabilidad profesional del *buen hombre de negocios*, que aquel asumió al aceptar gestionar y administrar los negocios societarios y el patrimonio de dicho ente.

Señales como, el sobreendeudamiento de la compañía, la falta de liquidez o el insuficiente flujo de caja para cumplir con las obligaciones asumidas y exigibles o para llevar a cabo el objeto social, o la *infracapitalización* y, en especial, la *infrapatrimonialización* de la sociedad ya citadas, no ser desatendidas.

No obstante, determinar cuándo comienza esa zona de crisis no es tarea fácil, ni se identifica necesariamente con el mero hecho del incumplimiento de una obligación exigible. Es una labor mucho más compleja que exige un tratamiento prudente y realista, para no recrear situaciones que permitan sustentar imputaciones de responsabilidad que desnaturalicen el principio que exige como pauta esencial, que se verifique un *daño* que denomino *injustificado o injusto*, como condición para hablar de *antijuridicidad*.

⁴⁵⁸ LORENTE, Javier, “Pautas de conducta de los administradores sociales cuando la sociedad se encuentra en ‘zona de insolvencia’. Responsabilidad hacia terceros (acreedores)”, ponencia presentada en el IX Congreso Argentino de Derecho Societario. V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, libro de ponencias, p. 468.

2. Hice hincapié en la *infrapatrimonialización*, porque, sin desconocer la función que la ley 19.550 da al capital social, es definitivamente el *patrimonio*, o sea, el conjunto de bienes que integran el activo de la sociedad *la verdadera garantía para los acreedores* (artículos 242 y 743 del Código Civil y Comercial).

Esta dimensión y función del patrimonio impactó favorablemente en las *personas jurídicas privadas*, al disponerse que estos sujetos deben tener uno (artículo 154, Código Civil y Comercial), dejando de lado la mención al capital, cuya calidad estática denota su inutilidad como verdadera y real garantía frente a los acreedores sociales. A tal punto es así que, se para el Código es causal de disolución de una persona jurídica privada, no la pérdida del “capital” sino “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, o sea, su ese patrimonio (artículo 163, inciso “i”, Código Civil y Comercial).

Pero no corrió la misma suerte la ley 19.550 a pesar de su reforma, pues sigue sosteniendo el concepto de capital social “nominal” (artículo 11, inciso 4º) y como causal de disolución “la pérdida de capital social” (artículo 94, inciso 5º), con las graves y, en principio, casi automáticas consecuencias que en la responsabilidad de los administradores prevé el artículo 99, cuando es obvio que lo verdaderamente relevante es el patrimonio de la sociedad y su suficiencia para responder por el pasivo⁴⁵⁹.

Hace años Vivante enseñaba que, “este capital nominal y abstracto (*nomen juris*) llena frente al patrimonio o capital real, la función de un recipiente destinado a medir el grano, que ora supera la medida, ora no llega a colmarla. La confusión entre estos dos instrumentos de la vida social, el uno formal y el otro material, puede dar lugar a muchos equívocos peligrosos para la interpretación de la ley, si no se les tiene bien diferenciados”⁴⁶⁰.

Todo esto hace que, para evaluar en su justa medida la responsabilidad de los administradores durante su gestión, se deba hacer foco esencialmente en el estado del patrimonio social y su evolución, porque la sola pérdida de capital nominal no

⁴⁵⁹ VIVANTE, Cesar, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, Ed. Reus, 1932, Vol. II, p. 207: “El patrimonio de una sociedad es el conjunto de todas las relaciones jurídicas de que ella es titular, relaciones de propiedad, de goce y de garantía sobre cosas corporales e incorpóreas. Dicho patrimonio es esencialmente mudable según las vicisitudes de la industria, pero conserva constantemente los caracteres jurídicos de una universalidad de derecho, inscripta y perteneciente al ente social. ... En contraposición al patrimonio o capital efectivo, esencialmente mudable, existe el capital nominal de la sociedad, fijado establemente por una cifra contractual, que tiene una función contable y jurídica, una existencia de derecho y no de hecho. Todos los esfuerzos legislativos tienden a hacer coincidir el valor del patrimonio social con el importe del capital en el momento en que se constituye la sociedad; después de esa momentánea coincidencia desaparece favorable o desfavorablemente, según las vicisitudes económicas de la sociedad”.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 208.

recompuesto, existiendo un patrimonio real, no puede generar la responsabilidad automática de aquellos, ni la de los socios, más allá de la propia del tipo social.

Deben acreditarse, para que el deber de resarcir se ponga en funcionamiento, todos los casos los presupuestos de la responsabilidad civil, es decir, la antijuridicidad, un daño injustificado, un factor de atribución de responsabilidad *subjetivo* —en el caso de los administradores societarios, dada la especialidad de su responsabilidad⁴⁶¹— y una relación de causalidad adecuada entre dicho daño y la conducta del agente.

En resumen, sin ingresar en un debate que supera el objeto de esta ponencia, aun cuando se pretenda sostener que el capital nominal cumple una función de garantía, considero que ello es “una absoluta falacia argumental impedida de cumplir fin tuitivo alguno”⁴⁶², porque el valor que representa ese capital solo se mantiene invariable en la contabilidad, dado que inmediatamente a la constitución de la sociedad esos fondos pueden ser aplicados al giro del negocio, significando ello, en los hechos, que puede ser consumido inmediatamente al día siguiente de ser conformado el ente.

3. Ahora bien, hablar de *zona de crisis* es importante, porque la *solvencia* de un sujeto tiene diversas aristas que no se reducen a la mera cesación de pagos como detonante de los problemas que lo van llevando hasta las puertas del concurso o de su propia quiebra.

Los bienes que conforman el patrimonio de una persona, la relación de su activo y pasivo —solvencia económica— y la capacidad de aquel para pagar —repago— en términos de liquidez, o más precisamente, “de poder satisfacer sus obligaciones con los medios regulares disponibles”⁴⁶³ de acuerdo a su situación patrimonial —económica y financiera—, determinan su *solvencia (in bonis)* o, en caso contrario, su *insolvencia (in malis)*, supuestos reconocidos por el ordenamiento legal y que según la forma como se manifiesten van a producir distintos efectos, siendo el último de ellos —la cesación de pagos— *conditio sine qua non* para dar paso a la apertura del concurso preventivo.

La solvencia en sí, exige que se den dos requisitos que han sido calificados como *estático y dinámico*⁴⁶⁴.

El primero, se presenta cuando el pasivo es inferior al activo que debe atender, o sea, que se presenta como un mero desequilibrio aritmético —*solvencia contable*—,

⁴⁶¹ MARCOS, Fernando J., “La responsabilidad societaria y concursal, frente al derecho de daños y los cambios generados por la unificación”, *Revista Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ed. Thomson Reuters La Ley, Año II, n° 10, nov. 2016, pp. 189-212).

⁴⁶² LÓPEZ TILLI, Alejandro, *Financiamiento de la empresa*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 43.

⁴⁶³ GEBHARDT, Marcelo, *Prevención de la insolvencia*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2009, p. 9.

⁴⁶⁴ PORCELLI, Luis A., *Régimen Falencial - Análisis Metodológico*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi S.R.L., 2010, p. 45.

mientras que el restante, se configura cuando el deudor puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles —*solventia económica*—.

Contrariamente, la sola *insolventia contable* —desequilibrio aritmético-estático, entre un activo menor que el pasivo— no alcanza para abrir el concurso, sino que es necesario que se presente y exteriorice la *insolventia económica* o cesación de pagos —sinónimo jurídico de la insolventia para la legislación argentina—, para cuya conformación se prescinde de aquel desequilibrio estático entre activo y pasivo, para materializarse ante el estado de impotencia del patrimonio para hacer frente o cumplir con las obligaciones que lo gravan ante la exigibilidad de las prestaciones adeudadas⁴⁶⁵.

El problema es que cuando ese estado adquiere tal relevancia para la ley concursal, es porque ya se ha consolidado una deficitaria situación económica, pero principalmente de orden *financiero*, porque lo que se ve esencialmente afectada es la liquidez del deudor, quien no cuenta ya con la disponibilidad de efectivo suficiente para atender sus obligaciones, ni con otros recursos regulares para hacerlo, tales como el acceso a la apertura de crédito bancario disponible o de otros bienes o recursos financieros fácilmente liquidables.

De ello se sigue la importancia de incluir como presupuesto objetivo en nuestro sistema legal concursal a *la crisis*, entre otros como el sobreendeudamiento, además de sistemas de *alertas* como lo hace la legislación italiana, que sirvan para anticiparse a la insolventia, siendo insuficiente la posibilidad más amplia que habilita la ley en el caso del acuerdo preventivo extrajudicial —APE— (artículos 69 y ss., ley 24.522).

4. Establecidas estas ideas básicas, se puede advertir que la *crisis* no es algo que se produce en forma repentina, sino que es un proceso que se va dando, al menos en gran parte de los casos, de manera paulatina, por lo que definir o advertir cuando se está ingresando en una zona donde los problemas se van a generalizar o, si se trata de una situación pasajera, estacional o específica que se va a poder sortear, no es tarea fácil.

Es que las empresas tienen dificultades a lo largo de su existencia, pero no todas son disparadoras de una crisis económica y financiera patrimonial que sea relevante como para repensar si la responsabilidad de los administradores debe sufrir algún tipo de cambio, agravamiento o giro especial, especialmente cuando la dinámica de los negocios lejos está de ser lineal. Sin duda, insisto, muchas veces resulta complejo determinar cuándo comienza o se manifiesta esa *zona de crisis*.

Autores como Junyent Bass, quien habla de “zona de insolventia”, la ubican siguiendo lo establecido por el artículo 174 de la ley 24.522 —que extiende la

⁴⁶⁵ BERSTEIN, Omar R., *Inminente Cesación de Pagos – Necesaria ampliación del presupuesto objetivo del concurso preventivo*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2018, pp. 17-24.

responsabilidad concursal que prevé el artículo 173 de la ley concursal—, a los actos practicados hasta un año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos⁴⁶⁶.

No obstante, en la práctica, los hechos económicos que la desencadenan no siempre aparecen con la contundencia o claridad, algo que complica su real determinación.

III. Marco fáctico y legal donde se dirime la responsabilidad de los administradores de sociedades

1. Sobre este punto, la ley 19.550 da pautas delimitantes de la responsabilidad de los administradores en sus artículos 59 y 274.

En el primero de ellos, dispone que “los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, para luego hacerlos responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión cuando incumplan con tales deberes.

A su vez, el artículo 274, establece que, “los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

Como lo describió en su oportunidad Otaegui, el artículo 59 mencionado, “incluye la responsabilidad por las funciones de gestión operativa y empresaria sujetas a las pautas de lealtad y diligencia, y la responsabilidad por las funciones de representación y cogestión societarias reguladas por la ley o el estatuto, lo que constituye la responsabilidad por *la violación de la ley, el estatuto y el reglamento*, que explicita la LS, art. 274”⁴⁶⁷.

Estas normas definen y delimitan la responsabilidad de los administradores societarios de manera específica y por encima de cualquier otra contenida en el Código Civil y Comercial, pues rige la prelación normativa de la ley societaria frente al Código, tal como lo regulan los artículos 150 y 1709 de este último, en virtud del principio de la *lex specialis* que da preferencia a la norma especial frente a otra de aplicación más general⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ JUNYENT BAS, Francisco, conferencia dictada en el marco de la Jornada sobre “Disolución por pérdida de capital social y concurso”, organizada por los Institutos de Derecho Concursal y de Derecho Comercial, Económico y Empresarial del Colegio de Abogados de San Isidro, realizada 8/6/2022, donde también disertó el Dr. Ariel A. Dasso.

⁴⁶⁷ OTAEGUI, Julio C., *Administración Societaria*, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1979, p. 389.

⁴⁶⁸ NINO, Carlos S., *Introducción al Derecho*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1984, p. 275.

Y cuando nos adentramos en las reglas concursales, es decir, las que regulan la situación patrimonial del deudor *in malis*, también adquieren trascendencia preceptos como el artículo 142 y, en especial, el artículo 173 de la ley 24.522 que se ocupa de la responsabilidad concursal propiamente dicha.

2. Tal como lo he expresado en otros trabajos, la especialidad de la ley societaria y de la ley concursal no significa excluir la aplicación de la teoría general de la responsabilidad civil que contiene ahora el Código Civil y Comercial, al igual que lo hacía antes el Código Civil, sino todo lo contrario.

Concretamente, sostengo que la responsabilidad de los administradores de sociedades —también de los socios— es de carácter especial y se encuentra regulada exclusivamente por la Ley 19.550 —y por la ley 27.349 para las SAS—, razón por la cual, no son aplicables las reglas del Código Civil y Comercial para las personas jurídicas privadas sobre el particular, con excepción de aquellas que, en general, se ocupan de la responsabilidad civil, en la medida que estas no se opongan o modifiquen las disposiciones de la ley societaria (artículos 150 y 1709, Código Civil y Comercial)⁴⁶⁹.

3. Un aspecto sustancial a tener en cuenta es el *riesgo empresarial* que caracteriza a los negocios y a la actividad de estas organizaciones con independencia de su envergadura.

Los empresarios “se desenvuelven dentro de un mercado de riesgo constante”⁴⁷⁰, circunstancia y contexto del que no se puede prescindir para efectuar un diagnóstico útil, y para proponer alternativas o salidas útiles y de posible realización para superar la crisis.

La visualización y comprensión de tal estado de riesgo cierto, deja expuesto que el administrador no es responsable por el resultado de los negocios.

Es así que, para evaluar el proceder de quien ejerce la administración de acuerdo a los deberes legales a cargo, pero también, para también dar previsibilidad y seguridad a estos, nace en el derecho inglés y luego se desarrolla en el derecho norteamericano la denominada *business judgment rule* —reglas de juicio empresarial, de los negocios, de discrecionalidad—, que permiten deslindar responsabilidad a los administradores

⁴⁶⁹ MARCOS, Fernando J., “La vigencia de la especialidad de la responsabilidad societaria”, ponencia presentada en el “XV CONGRESO ARG. DE DER. SOC. - XI CONGRESO IBEROAMERICANO DE DER. SOC. Y DE LA EMPRESA”, Córdoba, 2022, Libro de Ponencias, T. IV, p. 137 y ss.

⁴⁷⁰ DOBSON, Juan Ignacio, *Interés Societario*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2010, p. 144.

societarios cuando estos obraron de buena fe, en pos del interés social —sin interés personal—, con diligencia profesional y considerando la información disponible⁴⁷¹.

Todas estas reglas o pautas de actuación tienen presente el contexto donde se da la actividad empresarial que no es otro que el mercado, el cual, si bien no puede servir como excusa para justificarlo todo, representa el marco desde donde se debe evaluar la dimensión del deber de cuidado y de previsibilidad para confrontar conducta obrada con la debida —del buen hombre de negocios—.

Para ello, conforme lo establecía el artículo 512 del Código Civil, ahora replicado básicamente por el 1724 del Código Civil y Comercial, cuando da el concepto de culpa, indica que la medida de la omisión de la diligencia debida estará determinada *por la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar* —culpa en concreto—. Puro sentido común que se traduce en lo jurídico como razonabilidad.

Esta señera regla que opera como soporte fundamental de un sistema que, a pesar de los avances de la responsabilidad objetiva, continúa asentado sobre la base de la *culpa* (véase artículo 1721, *in fine*, Código Civil y Comercial).

Tales antecedentes me permite sostener que tales *reglas de juicio empresarial* son conceptualmente aplicables actualmente en el derecho argentino aunque no integren cuerpo normativo alguno, porque no hacen más que delinear para el caso de la administración societaria, esas pautas contenidas en el citado artículo 1724 que obliga al intérprete a la hora de evaluar la conducta obrada por el administrador, cuál era la *debida* según la ley, la índole de las obligaciones a su cargo, las circunstancias y el contexto donde su accionar se despliega.

Prescindir de todo esto, restaría al análisis y eventual imputación dirigida a un sujeto, todo sustento jurídico válido, porque la responsabilidad siempre se debe evaluar en cada caso y en concreto, sin dejar de lado el patrón abstracto del “buen hombre de negocios”, que hace referencia a una exigencia mayor y profesional que la norma hace a quienes se desempeñan en la gestión societaria. Es que sería jurídicamente irrazonable y absurdo, por ejemplo, responsabilizar a un administrador que, a pesar de su diligencia, no puede impedir la insolvencia de la sociedad si la empresa es condenada por “la ley del mercado”⁴⁷².

IV. Zona de crisis y responsabilidad, ¿algo cambia?

⁴⁷¹ Proyecto de Reforma de la Ley General de Sociedades 19.550, año 2019, elaborado por la Comisión integrada por los doctores Rafael N. MANÓVIL, Guillermo R. RAGAZZI, Alfredo L. ROVIRA, Gabriela S. CALCATERRA y Arturo LIENDO ARCE. Véase su artículo 59 *quinquies*.

⁴⁷² SEGAL, Rubén, *Acuerdos Preventivos Extrajudiciales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, p. 21.

1. Ingresando en el objetivo propuesto al inicio, se debe tener presente que el deber de diligencia y lealtad del buen hombre de negocios que directamente tiene como destinataria a la sociedad e, indirectamente, a sus socios, inexorablemente lleva implícito, obviamente, el deber de obrar con buena fe, de ejercer regularmente los derechos, sin incurrir en fraude a la ley y causar un daño injustificado —violación del deber jurídico de no dañar—, razón por la cual, tal accionar y dentro de esos parámetros, indirectamente va a redundar inexorablemente en beneficio de los acreedores de la sociedad.

Afirmo esto, porque no sería jurídicamente admisible y, menos aún, viable, administrar, gestionar y, a partir de ello, hacer negocios en el marco del objeto social y en beneficio del ente —y, a la postre, de sus socios—, sin cumplir a su vez, con los principios y preceptos que instituyen los artículos 9, 10 y 12 del Código Civil y Comercial, implícitamente contenidos en los artículos 59 y 274 de la ley 19.550.

Estos deberes legales condicionan y determinan el contenido y alcances de esa *conducta debida* que es exigible a los administradores de la sociedad, imponiendo a estos fundamentales actores obrar con prudencia, previsibilidad, cuidado y lealtad, además de motorizar las acciones necesarias para desempeñar correctamente su cargo en beneficio de la sociedad y los socios.

Frente a esto, corresponde ahora preguntarse, qué sucede si la sociedad ingresa en esa zona de crisis patrimonial porque comienzan a surgir esas señales de alerta: ¿se produce algún cambio sustancial en la responsabilidad de los administradores?

Se ha dicho al respecto, que se produce un cambio de dirección de los deberes fiduciarios de los administradores —deber de cuidado/diligencia y de lealtad— hacia los acreedores sociales.

Lorente, señala que “constituye un principio particular del sistema concursal norteamericano el que los deberes fiduciarios de cuidado y lealtad que los administradores sociales y gerentes deben a la sociedad y los accionistas, emanados ellos de las leyes societarias locales (dictadas por cada Estado), cuando la entidad ingresa en lo que denominan “zona de insolvencia”, entonces, tales deberes fiduciarios sujetos a la regla de interpretación o juicio empresarial se amplían (en lo que a sujetos beneficiarios de tales deberes) hasta alcanzar a los acreedores”⁴⁷³.

Otros, entienden que estos “deberes fiduciarios de los administradores sociales no mutan ni deben mutar de beneficiario, aun cuando la sociedad se asome a la zona de insolvencia”⁴⁷⁴ o de crisis, como la hemos designado en párrafos precedentes.

⁴⁷³ LORENTE, J., *op. cit.*, p. 470.

⁴⁷⁴ DURPAT, Diego A. J. y PALAZZO, Carlota, “Deberes fiduciarios de los administradores de sociedades en zona de insolvencia. ¿Deben mutar a los acreedores?”, *La Ley*, 6 de junio de 2022, p. 4.

O, simplemente, que, en nuestro medio, no es necesario acudir a la noción foránea de zona de insolvencia para justificar la responsabilidad de los administradores⁴⁷⁵.

Si bien esto demanda un desarrollo más profundo que el admitido por esta ponencia, ello no me impide establecer algunas pautas útiles para aplicar a estos casos que, en modo alguno, invalidan los criterios que he comentados en términos muy generales con anterioridad.

2. En primer término, no creo necesario hablar en el derecho argentino de un desplazamiento o mutación de deberes fiduciarios cuando la sociedad se encuentra en una situación de crisis patrimonial, más o menos instalada o definida, como la planteada.

Coincido con Julia Villanueva cuando sostiene que en nuestro derecho argentino no es necesario recurrir a la noción de zona de insolvencia para imputar responsabilidad a los administradores de sociedades, porque como lo expondré, las normas que regulan esa responsabilidad, tanto en la ley especial, como en el Código Civil y Comercial —en lo pertinente—, son suficientes para tratar el accionar de estos y sus eventuales consecuencias, de corresponder.

Aquí solo acudimos al concepto de *zona de insolvencia* o, como fue señalado, de *zona de crisis* a modo referencial y no porque sea necesario regular nada nuevo.

Entiendo que, ante la crisis, el deber de obrar con diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios que se viene comentando, lo que hace es, simplemente, exigir de los administradores un mayor deber de actuar con diligencia, previsibilidad y prudencia en la gestión de los negocios sociales y del patrimonio de la sociedad que es la garantía de los acreedores, algo que es jurídicamente una obviedad.

Solo luego de satisfacer las obligaciones sociales los socios podrán percibir nuevamente —si correspondiere— dividendos.

Por lo tanto, si los administradores no cumplen con tales deberes, particularmente, al no desplegar las acciones que de ellos dependan para prevenir, no agravar, o disminuir los daños y perjuicios que el estado de preinsolvencia o la insolvencia pueda causar a los acreedores sociales, se hará efectiva también su responsabilidad personal frente a estos si, además de acreditarse los presupuestos generales de la responsabilidad civil —antijuridicidad, daño, hechos de atribución y relación de causalidad adecuada— fundamentalmente se demuestra se ha transgredido, en todo o en parte, lo dispuesto por los artículos 59 y 274 de la ley 19.550.

⁴⁷⁵ VILLANUEVA, Julia, “La responsabilidad de los administradores frente a la insolvencia social”, en Diario La Ley, 20/08/2019, p. 1.

En tal caso, los acreedores cuentan a su favor —y también de los socios— con las acciones individuales que prevé el artículo 279 de la ley 19.550.

Pero si los administradores han obrado con buena fe y ejerciendo regularmente sus derechos como tales, ninguna responsabilidad les cabe en estos casos.

3. Dije antes que no se altera la dirección o el destinatario los deberes fiduciarios, simplemente porque solo existe una forma lícita de ser diligente.

Me explico. Si el administrador obrara para favorecer a los socios en perjuicio de los acreedores mal podría hablarse de que actuó con *diligencia*, pues esta únicamente supone un comportamiento lícito que en este caso no habría verificado.

No puede haber una diligencia “ilícita”, obviamente.

Para hablar de lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios, se debe haber actuado y gestionado los asuntos y negocios sociales, lícitamente y cumpliendo con tales deberes. Y si se lo hizo —especialmente en medio de una crisis—, tomando las medidas a su cargo y alcance, también habrá procedido correctamente también respecto de los acreedores sociales —terceros—.

De ahí que no cambian de dirección o de norte los deberes fiduciarios, sino que estos se mantienen enfocados en la sociedad e, indirectamente en los socios. Si se cumple lícitamente con ello, también se habrá cumplido con los terceros acreedores de la sociedad.

Es que no hace falta redireccionamiento alguno en el derecho argentino, porque ciertas reglas en materia de responsabilidad civil cuya aplicación es pertinente en este campo societario dan la solución, determinando —adelanto— un incremento o mayor exigencia en el cumplimiento de tales deberes fiduciarios a causa del cambio de escenario, en orden a la razonable previsibilidad de las eventuales consecuencias que se pueden derivar de una crisis, demandando de los administradores decisiones acordes y tempestivas.

Contamos para ello con un precepto en particular, el artículo 1725 del Código Civil y Comercial —versión remozada del artículo 902 del Código de Vélez—, que se conecta perfecta y armónicamente con el régimen de responsabilidad que contiene la ley 19.550, sin alterar el contenido y alcances de este último en absoluto, ni lo que he señalado sobre la especialidad del régimen legal societario y concursal.

Desde la plataforma que brinda el citado artículo 1725, se puede sostener que lo único que cambia, sin necesidad de efectuar complejos análisis de situación y de alternativas posibles, es la aparición de una mayor exigibilidad y esmero en el cumplimiento efectivo de esos deberes fiduciarios de diligencia y lealtad que, en lo relacionado con el deber de diligencia propiamente dicho, la norma mencionada dispone como pauta de valoración de la conducta obrada —por el administrador, en este caso— que, “cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, *mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias*”.

Esa mayor exigencia y, bajo tales condiciones, o sea, ese mayor obrar con prudencia y pleno conocimiento que se espera de un administrador societario, también puede ser aplicable a la lealtad.

Cuando una sociedad ingresa en esa zona de conflicto patrimonial generalizado —*zona de crisis*—, lo que se agrava es el deber de cuidado y lealtad con el que deben actuar los administradores, quienes deben obrar con buena fe, profesionalismo, previsibilidad y prudencia al gestionar la crisis. Esto es así, porque se agrava la valoración de su conducta, lo que no significa exigirles aquello que no está a su alcance, sino un accionar útil, oportuno y responsable ante la crisis y de acuerdo a lo que razonablemente se espera de quien gestiona con cuidado y previsión.

Ello implica que, de ser necesario y de corresponder, “los administradores tienen el deber de exteriorizar la insuficiencia patrimonial a los socios”⁴⁷⁶, convocando a estos últimos para que tomen alguna decisión de índole patrimonial, sobre la base de la ley societaria o, en su caso, para que sometan a la sociedad al procedimiento concursal que corresponda, para tutelar a la empresa, los bienes que la integran —el patrimonio social— y el crédito, lo que implicara para estos ingresar en un régimen de mayor exigencia como es el que regulan los artículos 16 y 17 de la ley 24.522.

Comprende este menú de opciones que, destaco, no obliga a los socios con responsabilidad limitada a recomponer el patrimonio siempre que hubiera actuado lícitamente como tales, es decir, con buena fe y ejerciendo regularmente sus derechos, también el pedido de la propia quiebra de la sociedad, decisión que tomada oportunamente representa un verdadero obrar de buena fe en el marco de los negocios.

Pero lo que no puede pasar es la ausencia de un accionar razonable, diligente y oportuno frente a la crisis.

No hacer nada, no es una opción lícita, especialmente cuando la insolvencia provoca aquello que Satta describió con total claridad, al decir que entre los acreedores del fallido se termina dando “una natural solidaridad en las pérdidas”⁴⁷⁷.

Esto significa que, todos deben obrar con buena fe y celo, tutelando el patrimonio de la sociedad, cuya, insisto, integridad y protección es vital, porque ahora esos bienes sí tienen un principal destinatario si la insolvencia no se puede superar: la masa de acreedores.

Como se puede apreciar, las reglas de la responsabilidad civil aplicadas con razonabilidad y con la coherencia que manda el artículo 2º, *in fine*, del Código Civil y Comercial, en este caso, el artículo 1725 mencionado, se ajustan perfectamente y

⁴⁷⁶ SCHNEIDER, Lorena R., *Responsabilidad del directorio y el riesgo empresario*, Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2022, p. 376.

⁴⁷⁷ SATTA, Salvatore, *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Rodolfo O. Fontanarrosa (trad.), Buenos Aires, Ed. EJE, 1951, p. 32.

permiten modalizar los alcances de la conducta esperada de los administradores quienes, ante la crisis, deberán, como lo he destacado antes, con una mayor diligencia y previsibilidad para proteger el patrimonio de la sociedad que es la garantía final de los acreedores.

**PROPUESTA DE REFORMA DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EN
LA GESTIÓN DEL RIESGO EMPRESARIAL**
MARENCO, María Victoria

***SUMARIO:** I. La crisis en Argentina y su relación con la gestión del riesgo empresarial. II. Factores de atribución de responsabilidad de directores de SA en la LGS y de representantes en la LCQ. III. Necesaria actualización del régimen de responsabilidad de quienes gestionan el riesgo empresarial.*

I. La crisis en Argentina y su relación con la gestión del riesgo empresarial.

En Argentina el fracaso por causas exógenas al negocio es un escenario altamente probable para emprendedores y empresarios⁴⁷⁸. Cuando esto ocurre, las pérdidas, como regla, debieran ser asumidas por socios/accionistas/ciertos terceros o por la quiebra (en el supuesto de insolvencia), y, solo excepcionalmente, responsabilizar al administrador/representante del negocio. Veamos el por qué.

El sistema de reparación de la Ley General de Sociedades se asienta sobre la base de dos factores de atribución de responsabilidad: la culpa y el dolo. Para apreciar la *culpa* del

⁴⁷⁸ “La emergencia no es un “estado” sino un elemento inherente de la economía nacional. Los emprendedores y empresarios que apuestan al mercado local suelen ser conscientes de los riesgos que enfrentarán. En el país, la insolvencia se erige como un escenario altamente probable. Siendo lo expuesto un factor constante en Argentina, otras variables deben modificarse para gestionar adecuadamente el riesgo empresarial y el patrimonio del individuo o de la empresa con serios déficits económicos/financieros. Para ello, es fundamental asumir como connatural de todo proyecto de negocios la posibilidad de fracaso por causas exógenas o endógenas al emprendimiento y, especialmente, comprender que, más allá del origen de una situación de estrés o de asfixia económica/financiera, deben habilitarse “segundas oportunidades” (*fresh start*) en la medida de su viabilidad” (MARENCO, Ma. Victoria (2021), “El sujeto deudor en la “zona de insolvencia”: cómo abordar la mejor reforma regulatoria y qué cambios introducir desde un enfoque pragmático”, p. 44; véase en: <https://congresoconcursoalbahiablanca2021.com/wp-content/uploads/2021/11/TOMO-I.pdf> - consulado en octubre/2023).

administrador/representante de la sociedad, el art. 59, LGS, establece como estándar de actuación el “buen hombre de negocios”.

Diligencia del administrador: responsabilidad.

ARTICULO 59. — Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

En abstracto, el “buen hombre de negocios” es un administrador con cualidades para la administración, informado, capacitado, calificado, que, además, es prudente en las decisiones que toma. Aquella norma apunta a un administrador con un *perfil conservador*, que gestiona el riesgo empresarial con moderación.

En un contexto como el actual, postpandémico y con serias dificultades a nivel micro y macroeconómico y social, en el que la empresa debe ser competitiva para satisfacer una demanda con hábitos que cambian constantemente *¿es apropiado considerar que el buen administrador es aquel que gestiona el riesgo empresarial con moderación, que siempre sabe qué decisión tomar, cómo implementarla y los resultados que obtendrá?*

Encontraremos la respuesta en los ordenamientos y las resoluciones de los tribunales societarios más sofisticados del mundo y la región, por cuanto estos:

- (i) propician una administración con un *perfil arriesgado*, bajo la idea de que si se asumen mayores riesgos la ganancia también puede ser mayor⁴⁷⁹; y
- (ii) dejan librado a la discrecionalidad de los administradores y de socios/accionistas/ciertos terceros la gestión del riesgo empresarial, con mínimo intervencionismo de los tribunales en supuestos de excepción⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Pensemos en casos paradigmáticos como el de Apple. Si Markkula (ex gerente de Intel) no hubiese invertido sus ahorros en las ideas de Jobs hoy no tendríamos Mac ni Iphone.

Mención especial merece, en este punto, el modelo SAS: la flexibilidad que otorga en el diseño de sus cláusulas contractuales propicia una administración caracterizada por asumir mayores riesgos. Ejemplos de estas cláusulas son el relevamiento del deber de diligencia contenido en el art. 59, LGS (finalidad: innovar sin límites) y la aprobación de estados contables por el órgano de administración y sin intervención del órgano de gobierno (finalidad: dinamizar el flujo de capitales).

⁴⁸⁰ La regla de la discrecionalidad (*business judgment rule*) o teoría del riesgo empresario se vincula especialmente a este punto. A modo de síntesis: (a) se trata de una regla proveniente del derecho anglosajón que proporciona una *versión actualizada* de los deberes a cargo de los administradores y de las conductas que suponen infracciones a estos deberes, tradicionalmente analizado por el derecho societario argentino desde la perspectiva del “buen hombre de negocios”; (b) deslinda el contenido de la decisión adoptada por el administrador, del procedimiento seguido por este para tomarla (lo que los tribunales revisarán es el procedimiento seguido, sin inmiscuirse en el contenido económico de las decisiones administrativas de la sociedad); y (c) bajo esta regla

II. Factores de atribución de responsabilidad de directores de SA en la LGS y de representantes en la LCQ.

Cuadro I

FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD	
De directores de SA en la LGS	De representantes en la LCQ
<p>El art. 274, LGS, exige respecto de los administradores de las SA el <i>dolo, abuso de facultades o culpa “grave”</i> como factores de atribución de responsabilidad.</p>	<p>El art. 173, primer párrafo, LCQ, exige en relación a los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del sujeto fallido, el <i>dolo</i> como factor de atribución de responsabilidad.</p>
<p>Mal desempeño del cargo. ARTICULO 274. <i>Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.</i></p>	<p>Responsabilidad de representantes. ARTICULO 173. <i>Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.</i></p>

Del contraste de ambas disposiciones es posible afirmar que:

- (i) Dos ordenamientos estrechamente relacionados establecen diferentes factores de atribución de responsabilidad para un mismo sujeto, el administrador del negocio: el societario, la culpa o el dolo, y el concursal, únicamente dolo.
- (ii) Sobre la apreciación de la culpa “grave” del art. 274, LGS, existen interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales disímiles (unas a favor de la graduación de la culpa y otras en contra).

subyace la idea de que las ganancias de los inversionistas serían mucho menores si las decisiones de los administradores estuvieran sujetas a un escrutinio judicial.

- (iii) En caso de quiebra, el obrar culposo del administrador habilita el ejercicio de acciones de responsabilidad no concursales.

Asimismo, cabe tener presente que:

- (iv) La LGS no prevé una norma equivalente al art. 274, LGS, para los restantes tipos societarios.
- (v) Son comunes a todos los tipos societarios de la LGS las disposiciones generales de los arts. 58 y 59.
- (vi) El dolo que exige la acción concursal de responsabilidad del art. 173, LGS, debe ser interpretado en el sentido que le asigna el derecho civil.

III. Necesaria actualización del régimen de responsabilidad de quienes gestionan el riesgo empresarial.

En materia de responsabilidad, el régimen societario y el concursal proveen mecanismos *asistemáticos* para *reparar* el daño ocasionado por administradores/representantes.

En el entendimiento de que ambos regímenes deben conformar un *único sistema* de reglas, y de que las herramientas sancionatorias vigentes deben ser complementadas con otras destinadas a *prevenir* el daño, una futura revisión legislativa debiera contemplar lo siguiente:

- (i) El reemplazo del sistema vigente que provee herramientas exclusivamente sancionatorias según (a) el sujeto legitimado pasivo y (b) el factor de atribución de responsabilidad, por otro sistema (a) destinado a regular el desempeño de todos los sujetos dedicados a gestionar el riesgo empresarial, sean estos administradores, representantes, socios, accionistas o terceros vinculados, que estén administrando un patrimonio solvente o insolvente, y (b) con prescindencia de un “factor de atribución” de responsabilidad. De esta manera, el sistema se simplifica con premisas claras y uniformes, y elimina el requisito de examinar de manera apriorística la conducta culposa o dolosa del agente para iniciar una u otra acción de responsabilidad.
- (ii) La revisión de la definición clásica del “buen hombre de negocios”, a la luz de teorías que desarrollan una versión actualizada de los deberes a cargo de los administradores (tendientes a prevenir el daño) y de las conductas que suponen infracciones a estos deberes.
- (iii) La aplicación de los presupuestos de responsabilidad del derecho común en cuanto se concilian con el sistema propuesto en los puntos que anteceden.

CUOTAS DE GÉNERO EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN

NETRI, Federico Guillermo

Sumario

El derecho público ha adoptado medidas receptando las políticas para eliminar las brechas de género existentes en ese ámbito. Ahora bien, ¿hay igualdad de oportunidades en el ámbito empresarial?, ¿es factible adoptar acciones para lograr las cuotas de género en el derecho privado, y fundamentalmente en el derecho empresario?

Nuestro criterio es que, tal como pregonaba nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 23, la adopción de medidas de acción positiva es el único camino para eliminar las brechas de género existentes y garantizar una representación mixta en los órganos de administración de sociedades.

Pregonamos para que en una eventual reforma a la Ley General de Sociedades se incorporen cupos femeninos mínimos obligatorios de, al menos, un 30% en los órganos de administración y fiscalización de las Sociedades Anónimas reguladas en el actual art. 299 de la Ley General de Sociedades, con excepción de las abarcadas por el inc. 2 y 7.

Además, se formulen acciones positivas desde los organismos de contralor del Estado, con recomendaciones e incentivos para que, las sociedades del inc. 2 y 7 del art. 299 de la Ley General de Sociedades y las que no se encuentran reguladas dentro del referido artículo, incorporen voluntariamente mujeres a sus órganos de administración, y en su caso de fiscalización.

1. Introducción

El debate sobre la paridad de género ha sido muy frecuente en el derecho.

Es una realidad histórica que la mujer ha tenido que ir reivindicando paulatinamente, sus derechos políticos, académicos, sociales, culturales, y laborales a lo largo del tiempo.

En el derecho público se han establecido cupos mínimos obligatorios, en los cargos electivos, para que las mujeres puedan acceder a cargos legislativos, con fundamento en la discriminación inversa⁴⁸¹.

⁴⁸¹ La discriminación inversa es la discriminación de un grupo hacia otro ya sea por raza, género, religión, capacidades diferentes, o grupo históricamente desfavorecido.

Actualmente, los organismos internacionales están pregonando por políticas de igualdad de oportunidades de los distintos géneros⁴⁸² en ámbitos laborales y jerárquicos.

El techo de cristal⁴⁸³ es una expresión actual que se utiliza para aludir a una realidad fáctica comprobada estadísticamente. Es el límite o “techo invisible” que tienen las mujeres en sus carreras profesionales, difícil de traspasar y que les impide seguir avanzando para alcanzar puestos jerárquicos.

El art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, incluso en materia de empleo, trabajo y retribución.

La Unión Europea señala que las políticas de igualdad de oportunidades son las medidas puestas en marcha desde las instituciones públicas para la superación de los obstáculos que dificultan la plena participación de las mujeres en los diversos ámbitos de la vida, con el fin de convertir la igualdad reconocida legalmente en una situación real y efectivamente igualitaria para mujeres y hombres⁴⁸⁴.

La Constitución Nacional (en adelante, “CN”) consagra a los trabajadores condiciones “equitativas de labor”, “igual remuneración por igual tarea” (conf. art. 14 bis, de la CN), la igualdad de todos sus habitantes (conf. art. 16, de la CN), y “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” (conf. art. 75 inc. 23, de la CN).

Como hemos visto, el derecho público ha adoptado medidas receptando las políticas para eliminar las brechas de género existentes en ese ámbito. Ahora bien, ¿hay igualdad de oportunidades en el ámbito empresarial?, ¿es factible adoptar acciones para lograr la cuotas de género en el derecho privado, y fundamentalmente en el derecho empresario?

Nuestro criterio es que, tal como pregona nuestra Constitución Nacional en el citado art. 75 inc. 23, la adopción de medidas de acción positiva es el único camino para garantizar una representación mixta de mujeres y hombres en los órganos de administración⁴⁸⁵ de sociedades.

⁴⁸² Véase las recomendaciones de la OIT en <https://www.ilo.org/gender/Aboutus/ILOandgenderequality/lang--es/index.htm> (disponible en Internet el 15/8/2023)

⁴⁸³ Techo de Cristal” (*glass ceiling*) voz utilizada por Carol Hymowitz y Timothy Schellhardt (1986) en un artículo del diario Wall Street Journal, en el que explicaban que las pocas mujeres que accedían a los cargos de poder se enfrentaban una barrera invisible.

⁴⁸⁴ Instituto de la Mujer, “Guía para la incorporación de la igualdad de oportunidades en las actuaciones de los Fondos Estructurales”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, año 2004, pág. 27.

⁴⁸⁵ Conf. TOBIAS OLARTE, Eva “Equilibrio de Género en los Consejos de Administración de las Empresas” Editorial Thomson Reuters Aranzadi; año 2018, pág. 30 y 31.

2. Principios Internacionales y Normas de Jerarquía Constitucional

Los principios de Gobierno Corporativo establecidos por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, representan una base común para el desarrollo de las buenas prácticas de gobierno empresarial. En su actualización del año 2015, en el capítulo sexto, se apunta a que los países deberían considerar medidas con el fin de mejorar la diversidad de género en los consejos de administración y en la alta dirección⁴⁸⁶.

El derecho a la paridad de género, constituye un principio jurídico universal, reafirmado en la Carta de las Naciones Unidas y reconocidos en diversos textos internacionales sobre Derechos Humanos, entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (véase art. 3 y 7 inc. i); y, realizados, por la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Los tratados citados en el párrafo precedente gozan de jerarquía constitucional por el art. 75, inciso 22, segundo párrafo, de la CN.

Asimismo, en el art. 75, inciso 23, de la CN se establece “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

En consecuencia, tal como veremos en los puntos siguientes, la Inspección General de Justicia y la Comisión Nacional de Valores han adoptado una serie de resoluciones que procuran receptar estos principios.

3. Acciones positivas frustradas desde la Inspección General de Justicia de la Nación

⁴⁸⁶ Ibidem, págs. 80 y 81.

La Inspección General de Justicia ha intentado receptar, mediante la Resolución General N° 34/2020⁴⁸⁷ y la Resolución General N° 35/2020⁴⁸⁸, la paridad de género en el órgano de administración de las personas jurídicas.

La cuestión resultó controvertida porque en ambas resoluciones se obligaba a que debía existir la misma cantidad de miembros femeninos y masculinos en los órganos de administración, y en su caso de fiscalización, de las Asociaciones, Simples Asociaciones, Fundaciones con un consejo de administración temporaria y electiva, Sociedades Anónimas del art. 299 de la LGS, con excepción de las abarcadas por el inc. 1, 2 y 7, y las Sociedades del Estado. Es decir, el problema que se judicializó se basó en cuestionar el carácter imperativo de dichas resoluciones.

En consecuencia, ambas resoluciones fueron dejadas sin efecto, el 9 de agosto de 2021, por resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, en autos “INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA c/ LINEA EXPRESO LINIERS S.A.I.C. s/ORGANISMOS EXTERNOS” Expediente N° 1651/2021/CA01.

Allí la referida Cámara expuso que “la decisión de otorgar a esos derechos contenidos específicos que de antemano no tienen y que imponen, como contracara, restringir otros derechos que resultan de la ley sustancial, sí exige tratamiento legislativo. Es decir: si, por la naturaleza y contenido de lo regulado, la ‘acción positiva’ que se adopta concierne a derechos de fondo que hacen a la materia legislativa, su alteración solo puede resultar de una ley sustancial y se encuentra vedada a la Administración.”

⁴⁸⁷ Artículo 1° RG 34/2020: “las asociaciones civiles en proceso de constitución; las simples asociaciones que soliciten su inscripción en el registro voluntario; las sociedades anónimas que se constituyan, en cuanto estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705) deberán incluir en su órgano de administración, y en su caso en el órgano de fiscalización, una composición que respete la diversidad de género, estableciendo una composición de los órganos referidos que esté integrado por la misma cantidad de miembros femeninos que de miembros masculinos. Cuando la cantidad de miembros a cubrir fuera de número impar, el órgano deberá integrarse de forma mixta, con un mínimo de un tercio de miembros femeninos”.

⁴⁸⁸ Artículo 2° RG 35/2020: “Las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las sociedades anónimas que estuvieren o quedaren comprendidas en el artículo 299, de la Ley N° 19.550, excepto las abarcadas por los incisos 1°, 2° y 7°, las fundaciones con un consejo de administración de integración temporaria y electiva y las Sociedades del Estado (Ley N° 20.705), que a la fecha de entrada en vigencia de esta resolución ya estuviesen inscriptas ante esta Inspección General de Justicia de la Nación, deberán aplicar para las designaciones de los miembros de los órganos de administración, y en caso de corresponder de fiscalización, electos en cada oportunidad de su designación con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, lo normado en el Artículo 1°.”

Es decir, el Tribunal consideró que no es posible realizar esas medidas de acción positiva con carácter imperativo si no es por la vía propia; o sea, la vía legislativa.

4. Recomendaciones de la Comisión Nacional de Valores

La Comisión Nacional de Valores (CNV) aprobó en el año 2021 una guía cuyo objetivo general es contribuir a la reducción de las brechas y segmentaciones que constituyen la desigualdad estructural entre los géneros en los espacios de trabajo de los sujetos bajo su competencia.

El Código de Gobierno Societario de la CNV, aprobado por Resolución General N° 797, en lo que respecta a disposiciones específicas sobre diversidad de género, establece que la diversidad de género resulta de especial relevancia, no solo considerando la composición del Directorio sino la equidad en la remuneración de sus miembros. También recomienda el acceso de las mujeres a los puestos de liderazgo⁴⁸⁹.

Por su parte, Bolsas y Mercados Argentinos S.A. cuenta con un Panel de Gobierno Corporativo, en el que se encuentran listadas aquellas sociedades dispuestas a adoptar voluntariamente buenas prácticas de gobierno corporativo, adicionales a las que surgen de la normativa exigida por la CNV. Entre estos requisitos se encuentra la composición de un órgano de administración con diversidad de género⁴⁹⁰.

5. Breve reseña del Derecho Comparado

La Comunidad Europea ha sido de las primeras que introdujo la cuota femenina como uno de los mecanismos más efectivos para erradicar la desigualdad entre hombres y mujeres⁴⁹¹.

Las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea, entre otras, para la creación de un marco europeo para la aplicación de cuotas femeninas de, al menos, el 40% de representación para el 1o. de enero del 2020 en las sociedades no cotizadas y del 1o. de enero de 2018 para las sociedades cotizadas (Díaz Gómez 2015), han posibilitado diversas reformas societarias en las legislaciones de los Estados miembros para imponer cuotas femeninas voluntarias (Suecia, Dinamarca, Finlandia, Luxemburgo y Gran

⁴⁸⁹ Página web: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/anexo_6276627_1%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/anexo_6276627_1%20(1).pdf) (disponible en Internet el 29/08/2023)

⁴⁹⁰ *Ibidem*.

⁴⁹¹ Conf. BASUALDO, María Eugenia; "Composición equilibrada en los órganos de administración de las sociedades. Los cupos/cuotas de género en la Unión Europea y el derecho comparado europeo"; Página web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0016-N03-BASUALDO.pdf> (disponible en Internet el 29/08/2023).

Bretaña, de los primeros países con mayor presencia de mujeres en consejo) y obligatorias (Noruega, seguido por Francia, Italia, Alemania y Bélgica que exigió cuota femenina del 30% para hacerse efectiva con el nombramiento de nuevos consejeros cada vez que expire un cargo o hasta alcanzar la cuota), con lo cual se ha favorecido la inserción de las mujeres en los órganos de administración⁴⁹².

La fórmula de las acciones positivas se empieza a utilizar en los Tribunales americanos de forma esporádica, a finales del siglo XIX y principios del XX, y es en la época de Nixon, cuando se introducen las acciones positivas a favor de las mujeres con el objeto de favorecer el empleo femenino. En esta época se aprueba un plan por el que se establecen cuotas al empresariado, para incrementar el número de mujeres en el mercado laboral, sin necesidad de utilizar más argumentos que los de igualdad económica y de justicia entre hombres y mujeres⁴⁹³.

En California, Estados Unidos, se expidió en 2019 la *Senate Bill* número 826, para obligar a todas las sociedades cotizadas residentes a incluir al menos una consejera en sus CA antes de finalizar ese año, incrementar para finales del 2021 la participación en función del número de miembros y respetar el principio de proporcionalidad conforme el cual, en caso de que haya un consejo integrado con cuatro personas, una de ellas debe ser mujer, si son cinco, deberá haber al menos dos a finales de 2020, si son seis o más, un mínimo tres mujeres. Asimismo, prevé una sanción por incumplimiento de cien mil a trescientos mil dólares⁴⁹⁴.

En Argentina, en el año 2019, se ingresó un proyecto para reformar el art. 63 de la ley 20.337, ley de cooperativas, el cual obtuvo media sanción en diputados, donde se proponía que el consejo de administración esté conformado por igual cantidad de hombres y mujeres⁴⁹⁵. Empero, hasta el día de la fecha, este proyecto de ley no ha prosperado.

6. Conclusiones

⁴⁹² Conf. LEÓN TOVAR, Soyla H.; "Paridad de género obligatoria en los consejos de administración de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada mexicanas"; 28 Julio 2020. Página web: <https://www.redalyc.org/journal/427/42771711010/html/#B25> (disponible en Internet el 29/08/2023).

⁴⁹³ Conf. TOBIAS OLARTE, Eva "Equilibrio de Género en los Consejos de Administración de las Empresas" Editorial Thomson Reuters Aranzadi; año 2018, pág. 203.

⁴⁹⁴ Conf. LEÓN TOVAR, Soyla H.; "Paridad de género obligatoria en los consejos de administración de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada mexicanas"; 28 Julio 2020. Página web: <https://www.redalyc.org/journal/427/42771711010/html/#B25> (disponible en Internet el 29/08/2023).

⁴⁹⁵ Proyecto de reforma art. 63: "El consejo de administración es elegido por la asamblea con la periodicidad, forma y número previstos en el estatuto. Los consejeros deben ser asociados, estar compuesto en igual forma por hombres y por mujeres y no menos de tres integrantes"

El ámbito privado no debe permanecer pasivo a la infrarrepresentación de la mujer en los espacios privados de poder económico⁴⁹⁶. Los Estados y las empresas no deben permanecer ajenos a esta realidad.

Para alcanzar la paridad de género, los Estados deben establecer un marco regulatorio y garantizar la coherencia en materia de políticas públicas, y las empresas deben convertir las buenas intenciones en prácticas reales, ambos deben garantizar el acceso a una reparación efectiva cuando se vulneran estos derechos⁴⁹⁷.

Por lo tanto, pregonamos para que en una eventual reforma a la Ley General de Sociedades se recepten estos postulados. Es decir, se incorporen cupos femeninos mínimos obligatorios de, al menos, un 30% en los órganos de administración y fiscalización de las Sociedades Anónimas reguladas en el actual art. 299 de la Ley General de Sociedades, con excepción de las abarcadas por el inc. 2 y 7.

Además, se formulen acciones positivas desde los organismos de contralor del Estado, con recomendaciones e incentivos para que, las sociedades del inc. 2 y 7 del art. 299 de la Ley General de Sociedades y las que no se encuentran reguladas dentro del referido artículo, incorporen voluntariamente mujeres a sus órganos de administración, y en su caso de fiscalización.

⁴⁹⁶ Conf. FERNÁNDEZ DE ANDREANI, Patricia; “Extensión de la Paridad a las Personas Jurídicas” en “Igualdad real de las Mujeres. El derecho a la paridad efectiva” Patricia Fernández de Andreani, Gabriela Fernanda Boquin (Directoras); Editorial Astrea; año 2021, pág. 294.

⁴⁹⁷ BASUALDO, María Eugenia; “Composición equilibrada en los órganos de administración de las sociedades. Los cupos/cuotas de género en la Unión Europea y el derecho comparado europeo”; Página web: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0016-N03-BASUALDO.pdf> (disponible en Internet el 29/08/2023).

**APROXIMACIÓN FUNCIONAL A LA INTERRELACIÓN ENTRE D.
SOCIETARIO Y D. CONCURSAL**
PALAZZO, Carlota

SUMARIO:

La ponencia reivindica la importancia de debatir acerca de los propósitos que persiguen las normas y examinar si en la práctica se consiguen, a partir de un análisis integral de los incentivos y desincentivos que generan.

Para ello se considera la interrelación entre el derecho societario y el derecho concursal, en general, y los regímenes de responsabilidad de los administradores en zona de insolvencia, en particular.

¿Por qué una aproximación funcional?

Se trata de partir de la base de que el orden jurídico (del cual el D. Societario y el D. Concursal forman parte) deben atender exigencias de la actividad comercial y de la organización que presentan problemas similares en las economías de mercado alrededor del mundo.

El análisis funcional se centra en las posibles soluciones a esos problemas con un enfoque no dogmático sino eminentemente práctico. Este análisis demanda preguntarse sobre el “propósito” que persigue determinado cuerpo normativo o norma puntual, para luego ahondar sobre si un determinado régimen legal sirve o no para ese propósito⁴⁹⁸.

Zoom out:

¿qué propósitos persiguen el D. Societario y el D. Concursal?

⁴⁹⁸ Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., y Rock, E. *“The Anatomy of Corporate Law: a Comparative and Functional Approach”*, segunda edición, Oxford University Press, 23 jul 2009, páginas 1 a 14.

En gran medida la actividad económica depende del consumo y la producción. La actividad económica no se desarrolla en un vacío legal sino que precisa de un orden jurídico⁴⁹⁹ que sienta las bases de la generación, circulación y consolidación de la riqueza. Bases que llevan ínsita la regulación del derecho de propiedad y el derecho de crédito.

En ese contexto **el Derecho Societario** regula las “sociedades” como uno de los recursos técnicos que existen para estructurar la interacción económica y organización de los factores de producción, aquel que permite a través de una estructura de decisión unificada⁵⁰⁰ participar en los beneficios y pérdidas en base a un sistema de asignación de riesgos eficiente.

Las funciones inmediatas que cumple el derecho societario son⁵⁰¹:

- definir la estructura jurídica de la empresa (sobre los pilares de: la personalidad legal; responsabilidad limitada; transferencia de participaciones sociales; estructura de gobierno y administración que habiliten un proceso de toma de decisiones unificado y un régimen de propiedad común sobre el capital) y,
- regular los conflictos de intereses entre los distintos participantes: entre socios; entre socios y administradores y entre socios y *stakeholders*.

Mientras que el propósito que persigue es maximizar el retorno para los socios⁵⁰² sin desatender la generación de valor para los stakeholders⁵⁰³.

Por su parte, **el Derecho Concursal** se ocupa de las empresas que trastabillan o fracasan. Que las empresas trastabilen o fracasen y que otras tengan éxito es un rasgo de una economía de mercado competitiva en la que debe ocurrir un “proceso natural de selección” en función del cual los negocios eficientes sobrevivan y los ineficientes no,

⁴⁹⁹ Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, “Introducción al Derecho Societario, Derecho Societario, parte General”, Editorial Heliasta SRL, 1993, página 46.

⁵⁰⁰ Lo que permite reducir los costos de transacción a partir del ahorro en recursos y tiempo.

⁵⁰¹ Kraakman, R., Armour, J., Davies, P., Enriques, L., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., y Rock, E., op. cit.

⁵⁰² Es decir aquella doctrina que dio origen a la Primacía de los Accionistas gatillada por Milton Friedman en su artículo publicado el 13 de septiembre de 1970 titulado “*The Social Responsibility of Business is to increase its profits*”, en The New York Times que puede consultarse en el siguiente link <https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>

⁵⁰³ *Tweak* introducido en el Business Roundtable Statement del 19 de Agosto de 2019 que puede consultarse aquí <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>

dejando lugar a que aparezcan nuevos jugadores en el mercado, de modo de evitar el estancamiento de la economía⁵⁰⁴.

El Derecho Concursal entonces es aquel que facilita el mecanismo de selección a los fines de que aquellas empresas eficientes (viabiles) puedan sobrevivir a través de un proceso de reorganización mientras que las empresas ineficientes (inviabiles) puedan liquidarse⁵⁰⁵.

También es el Derecho Concursal la solución cooperativa impuesta normativamente al dilema del prisionero que se presenta cuando la crisis financiera genera una “*race to collect*” que puede derivar en un desmembramiento de la empresa producto de acciones individuales y generar una pérdida de valor en comparación con el resultado más eficiente que puede obtenerse a partir de la implementación de un proceso colectivo de recupero del crédito⁵⁰⁶.

Las funciones inmediatas que cumple el derecho concursal son:

- definir un procedimiento que funcione como “filtro” entre empresas viabiles e inviabiles y que atienda mejor al problema del “*common pool*” que los procedimientos individuales;
- pero también regular los conflictos de intereses que se generan entre los participantes: deudor y acreedores; acreedores entre sí y, administradores de la sociedad, socios y acreedores.

A la vez que el propósito que persigue es maximizar el retorno a los acreedores (en cualquiera de las dos variables, reorganizativa o liquidativa) y preservar el valor a partir de la conservación de la empresa en marcha (cuando es el camino más eficiente).

De la interrelación funcional de ambos derechos resulta que persiguen en esencia un mismo propósito: “*la existencia y funcionamiento de un mercado eficiente*”.

Zoom in:

El régimen de responsabilidad de los administradores a la luz del análisis funcional

⁵⁰⁴ White, Michelle J., “*The corporate bankruptcy decision*”, The Journal of Economic Perspectives, 1989, Vol. 3, No. 2, 129-151

⁵⁰⁵ White, Michelle J., *Does Chapter 11 save economically inefficient firms?* Washington University Law Review, 1994, Volume 72, Issue 3: 1319 y *Corporate Bankruptcy as a filtering device: Chapter 11 Reorganizations and Out of Court Debt Restructurings* Journal of Law, Economics and Organization, Vol. 10 No 2, 268-295

⁵⁰⁶ Jackson, Thomas H., *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditor’s Bargain*, The Yale Law Journal April 1982, Volume 91, Number 5.

Sentado el denominador común de ambos derechos es factible avanzar en el análisis funcional de la regulación de algún tema que se encuentra en la órbita de intersección de ellos.

Cuando las empresas atraviesan crisis uno de los grandes interrogantes es sobre la responsabilidad de aquellas personas a cargo de la administración.

¿Cuáles deberían ser los objetivos de un régimen de responsabilidad?

- Que los administradores gestionen los negocios sociales de modo honesto y eficiente, para que las empresas prosperen;
- Que aquellos administradores que se “se portan mal” paguen las consecuencias de sus actos;
- Que se establezcan desincentivos que minimicen los malos comportamientos sin que a la vez se incentiven prácticas o efectos no queridos.

Con esos parámetros en mente cabe repasar las distintas propuestas regulatorias a partir un análisis integral que considere todos los incentivos y desincentivos que generan. Muchas veces soslayados en los debates.

Para ello el punto de partida básico demanda previamente discernir adecuadamente las situaciones financieras disímiles que pueden atravesar las sociedades.

El análisis del régimen de responsabilidad debe partir de diferenciar – siguiendo a Aurelio Gurrea-Martínez⁵⁰⁷- los cuatro estadios que puede atravesar la situación financiera de una compañía:

- a) cuando una compañía es solvente;
- b) cuando una compañía es solvente, pero comienza a enfrentar o avizorar problemas financieros (“zona de pre-insolvencia”);
- c) cuando una compañía está incurso en un estado de insolvencia, pero todavía no se ha sometido a ningún procedimiento formal concursal (“zona de insolvencia”), y
- d) cuando una compañía está en situación de insolvencia y se ha acogido a alguno de los procesos formales previstos por la legislación concursal.

En a) y d) no cabe detenerse porque en el primer caso aplica el derecho societario y en el segundo se han desplegado los mecanismos protectorios de la ley concursal: el desapoderamiento atenuado, el poder de decisión del órgano jurisdiccional velando por los intereses de los acreedores o los supuestos de separación de la administración, conforme arts. 15,16,17 LCQ, entre tantos otros.

⁵⁰⁷ Gurrea-Martínez, Aurelio, *Towards an optimal model of directors' duties in the zone of insolvency: an economic and comparative approach*, Journal of Corporate Law Studies, 2021, DOI: 10.1080/14735970.2021.1943934

Sí parece relevante detenerse en la “zona difusa” de las situaciones de pre-insolvencia o insolvencia no declarada. Existen en el mundo dos grandes sistemas de regulación de la responsabilidad a ese respecto⁵⁰⁸.

El primero, en función del cual las acciones de los administradores son juzgadas bajo los estándares del régimen de responsabilidad societario, también llamado el enfoque societarista. El segundo, que impone nuevos estándares de responsabilidad cuando la sociedad se encuentra en la zona de insolvencia, también conocido como el enfoque concursalista.

El *enfoque societarista* sostiene que en esa etapa delicada de la vida de la sociedad se mantienen vigentes los dos deberes de conducta: el deber de lealtad, por un lado, que intenta disuadir los actos de apropiación indebida y la derivación espuria de fondos sociales, especialmente hacia el propio peculio de los administradores y el deber de diligencia, por su parte, que le impone al administrador un obrar diligente y responsable, desincentivando las decisiones impulsivas e injustificadas que puedan afectar el interés de la sociedad e incentivando los actos de administración en pos de la creación de valor.

El deber de diligencia es apuntalado por la Business Judgment Rule – diseñada en nuestro derecho en el art. 59 quinquies del Proyecto de Reforma de la LGS del año 2019 y para gran parte de la doctrina contemplada tácitamente en nuestro sistema como una derivación de la buena fe y demás normas del Código Civil y Comercial –. Esta regla morigeradora la responsabilidad sobre las decisiones de negocios de los administradores, siempre y cuando estos hayan obrado debidamente informados y de buena fe, sin un interés personal y con arreglo a un procedimiento adecuado de toma de decisión.

Se trata en definitiva de un sistema alineado con la utilización de “zanahorias” en vez de castigos a los administradores.

El *enfoque concursalista*, por el contrario, enrolado en la utilización de “castigos” decide establecer un set de estándares diferenciados aplicables en la “*twilight zone*”. Existen distintas variantes de este enfoque, desde sistemas que requieren que los administradores minimicen las pérdidas de los acreedores sociales y atiendan simultáneamente a sus intereses (*wrongful trading* vigente en Reino Unido); a sistemas que establecen una línea de tiempo y la obligación de los administradores de iniciar el procedimiento formal de insolvencia cuanto conozcan o hayan debido conocer la situación de insolvencia (*duty to file for insolvency proceedings* regulado en España, Francia, Alemania); a sistemas que directamente prevén normas expresas de viraje del

⁵⁰⁸ Como explican minuciosamente Minnes, Odelia y Solomon, Dov en su artículo: *Game of Thrones: Corporate Law and Bankruptcy Law in the Arena of Directors' Liability* 27 Columbia Journal of European Law 1 (2021), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3939713> cuyas ideas se reseñarán a continuación sintéticamente.

deber de lealtad hacia los acreedores (Hungría). Todos sistemas que tienen en común el agravamiento del régimen de responsabilidad de los administradores.

La *ratio legis* tras el enfoque concursalista puede encontrarse *ex – ante* en el entendimiento que es una forma de incentivar una mayor diligencia en los administradores y *ex – post* en la generación de una potencial fuente de integración del activo falencial (la derivada de la condena al pago de indemnizaciones en el marco de acciones de responsabilidad exitosas).

Ahora bien, a la luz del análisis funcional ¿qué reflexiones pueden hacerse?

La interrelación funcional de ambos derechos supone que tienen bases comunes que servirán para ensayar solo algunas respuestas a esa pregunta.

(a) *Contractual*⁵⁰⁹

La sociedad como recurso técnico de base contractual regulada por el derecho societario cuando es puesta en jaque por la insolvencia es complementada por el derecho concursal que impone normativamente una solución cooperativa entre los jugadores (que espontáneamente no hubieran negociado por el dilema del prisionero en que se encuentran inmersos).

Pero con una salvedad no menor: *el derecho concursal toma los derechos como los encuentra y no crea nuevos derechos sustantivos sino que respeta las relaciones previas*⁵¹⁰ y las regula a través de otros principios, como los de universalidad e igualdad.

Desde esta perspectiva, el enfoque societarista de responsabilidad parecería ser el que se alinea bajo el prisma de la coherencia sistémica.

(b) *Problemas de Agencia*⁵¹¹

Estos problemas se presentan a lo largo de la vida de la sociedad en su salud (solvencia) o enfermedad (insolvencia). Durante períodos de solvencia los acreedores residuales de la sociedad son los socios y los intereses de los socios y acreedores sociales tienden a coincidir ambos grupos están interesados en maximizar el valor de la sociedad. Los primeros, porque aumentarán sus ingresos y, los segundos, porque tendrán más seguridad de cobrar sus créditos.

⁵⁰⁹ Minnes, O. y Solomon, D., op. Cit.

⁵¹⁰ Para ver una elaboración más completa de esta idea se recomienda leer a Douglas Baird en *The Elements of Bankruptcy*, Westbury, New York, The Foundation Press, Inc., 1993, Chapter 4, page 83 o quien sea más adepto a las explicaciones verbales puede escucharlo en el podcast <https://www.unsiloadpodcast.com/episodes/doug-baird>

⁵¹¹ Minnes, O. y Solomon, D., op. Cit. También, para un desarrollo más acabado de este problema consultar Duprat, Diejo A.J., en coautoría con Carlota Palazzo, “*Deberes fiduciarios de los administradores de sociedades en zona de insolvencia ¿deben mutar hacia los acreedores?*” publicado en La Ley del lunes 6 de junio de 2022

Los administradores de la sociedad, por tanto, maximizando el valor de la sociedad (de sus activos) cumplen con sus deberes fiduciarios frente a la sociedad y a los socios, y favorecen, además, a los acreedores sociales.

El problema a resolver es la alineación de los intereses de los administradores de la sociedad con el interés de la sociedad.

Mientras que en la *twilight zone* los acreedores residuales pasan a ser los acreedores sociales. Y la desalineación ocurre entre los intereses de los socios; los acreedores sociales y los administradores de la sociedad (comportamientos oportunistas: *gamble for resurrection*; *moral hazard*, subinversión, etc.).

A priori ello pareciera indicar que no resultaría desatinado prever regímenes de responsabilidad diferenciados ya que los problemas a solucionar son distintos.

Sin embargo, la mayor preocupación de los acreedores es la insolvencia, pero justamente la regulación de un régimen diferenciado de responsabilidad de los administradores en la *twilight zone* puede derivar en decisiones que los perjudiquen más que beneficiarlos a los acreedores.

Y es que el enfoque concursalista en definitiva: agrava los problemas de lealtad y perjudica la probabilidad de responsabilizar por el deber de lealtad.

De hecho, redundaría en tornar la relación entre socios y acreedores más impredecible y menos transparente. Durante la solvencia primacía de los derechos de los socios y durante la insolvencia los derechos de los socios pasan a estar subordinados a los de los acreedores. Ahora bien, el proceso de insolvencia declarado ocurre en una fecha determinada que permite la entrada en funcionamiento del paraguas protectorio en un contexto de certidumbre. Mientras que la zona de insolvencia es “difusa”.⁵¹²

Modificar las obligaciones de los administradores redundaría en generar inseguridad jurídica e imprevisibilidad.

(c) *Oportunidad y riesgo: dos caras de la misma moneda*⁵¹³

El derecho societario está inevitablemente ligado al riesgo de insolvencia. Justamente la posibilidad de generar un sujeto de derecho diferenciado con su propia personalidad legal y de limitar la responsabilidad a los aportes efectuados limitada dan cuenta de esto.

Los negocios prosperan cuando alcanzan un nivel óptimo de asunción de riesgos. Un sistema legal eficiente debería fijar los incentivos para tal asunción de riesgos.

Las sociedades van a atravesar problemas de liquidez en el decurso de su vida. Pero eso no significa que la quiebra sea inevitable. Los administradores deberían poder maniobrar los problemas de liquidez de modo de concentrarse en dar sus mejores

⁵¹² Minnes, O. y Solomon, D., op. Cit.

⁵¹³ Minnes, O. y Solomon, D., op. Cit

esfuerzos para sortearlos sin elementos que desvíen su preocupación hacia salvar su propio pellejo y que precipiten procedimientos de insolvencia que podrían haberse evitado a través de soluciones menos costosas y más eficientes.

El enfoque concursalista, desde ese punto de vista, incrementa la aversión al riesgo de los administradores y en consecuencia desalienta el ejercicio responsable esperable de la función.

Reflexión final

Desde una aproximación funcional que refleja que derecho societario y concursal propenden a la existencia de un mercado eficiente compuesto por jugadores “viables”, en cuyo procedimiento de selección inciden en gran parte los administradores, la decisión del régimen bajo el cual serán juzgadas las acciones y comportamientos de los administradores es fundamental.

Los contornos de la responsabilidad deben precisarse en pos de procurar una gestión eficiente de los negocios sociales alineando intereses de administradores y sociedad o de administradores, sociedad y acreedores sociales. Pero deben evitarse fenómenos de sobre prevención de daños que incrementen la aversión al riesgo de los administradores; desincentiven actividades socialmente beneficiosas (especialmente de la inversión productiva) e incentiven la precipitación de procedimientos de insolvencia que puedan evitarse.

Se han ensayado solamente algunos de los razonamientos posibles con la intención de demostrar la importancia práctica de este método de estudio que debería constituirse en la unidad de medida corriente e ineludible en los debates.

¿LA SAS ES UNA SA?

TROPEANO, Darío

Synthesis

Las sociedades por acciones simplificadas se estructuran en torno a los dos tipos societarios más relevantes de la ley 19.550: la SRL y la SA. La remisión a la norma general de sociedades en las materias no previstas en tanto compatibilicen con las normas de la ley especial y el instrumento constitutivo, emerge de la propia ley de SAS. La ley estructura a través de la SAS un conjunto de instituciones de financiamiento que pueden instrumentarse a través de una SAS (prestarios y prestamistas) y la incorporación al capital social de los dadores de capital para nuevos emprendimientos, a través de capital emprendedor. Se autoriza incluso la cotización en oferta pública de valores negociables obtenidos mediante capital emprendedor a través de las SAS.

Sin embargo, este típico negocio de inversión propio de la sociedad anónima, se instrumenta mediante una sociedad que representa su valor mediante acciones, pero se administra y adopta sus decisiones sociales como una SRL, restringiendo severamente los derechos de los accionistas participantes, los cuales pueden ser inversores.

Progressus

Si bien el título de la presente puede parecer una afirmación conclusiva para invitar al interrogante de su lectura, lo cierto es que esencialmente los componentes normativos con alcances jurídicos que emanan de la ley 27.349⁵¹⁴ me persuaden para sostener aquella.

Las diversas posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la sociedad por acciones simplificada circundan en torno a considerarlas un tipo⁵¹⁵, un tipo de sociedad

⁵¹⁴ Ley de apoyo al capital emprendedor ,29/3/2017 .

⁵¹⁵ Balbín Sebastián 2 el órgano de gobierno y la cuestión de la competencia en la sociedad de acciones simplificadas Lley 2022-B-33 ; Villanueva Julia “ La sociedad por acciones simplificada y la autonomía de la voluntad versus la inoperatividad en el derecho societario “ Lley 2018-F890 ; Alergia Héctor “ Sociedades por acciones simplificadas e Insolvencia “ RDPC 2019-2 Ed Rubinzal - Culzoni

de carácter híbrido⁵¹⁶, una clase de ellas⁵¹⁷, o una especie de sociedad por acciones⁵¹⁸. El art 33 de la norma la configura como un nuevo tipo societario⁵¹⁹ con el alcance y las características previstas en la norma.

Las posiciones en torno a las características tipificantes de esta sociedad se apoyan en que sobre la base de un casi irrestricto derecho a la libertad en la voluntad de contratación de los socios (accionistas) el ente social dispone de elementos propios de la SRL y algunos de la SA.

Más allá de las remisiones taxativas que la propia ley de SAS⁵²⁰ hace respecto a la LGS, existen muchas otras estipulaciones que resultan concordantes con lo dispuesto en la ley 19.550. En este punto parece que la tan mentada autonomía de la voluntad que da sustento a las SAS se evidencia confusamente entremezclarse con las disposiciones de la LGS. Y es que la factura técnica de una de una figura societaria resulta por demás defectuosa, “apurada” e inconsistente dado los alcances que norma tiene para la comunidad toda. Incorporar una sociedad es un ley “ómnibus” no parece adecuado aunque existe una coordinación entre “capital emprendedor” y lo que se pretende con el vehículo que motorizaría ese capital (las SAS).

En general los autores concuerdan en torno a la aplicación de la parte general de la LGS y las normas que deben regir el funcionamiento de la SAS⁵²¹, en tanto concilie con esta última⁵²², donde la primera de ellas necesariamente ocupa el segundo escalón

⁵¹⁶ Verón Victo Alberto y Teresita Verón “Sociedades por acciones simplificadas “Ed Lley pág. 9, Marzorati “La renovación societaria en una ley para emprendedores. La Génesis de las SAS ED 272-734, Duprat diego “ Sociedades por acciones simplificadas “ LL 2017 .

⁵¹⁷ Botteri David “ La SAS es una clase de sociedad pero no un tipo social “ Sociedades anónimas y Concursos” Edición especial dedicada a la Primera Jornada sobre contribución y funcionamiento de las SAS Ed Fidas 2018-1 pag 3 Año 2019

⁵¹⁸ Nissen Ricardo-Cuñas Rodríguez Manuel “Las sociedades prêt à porter o sociedades por acciones simplificadas (SAS) Inexistencia de tipicidad y algunas consideraciones sobre el proyecto de reforma de la ley 27.349 “ Lley 29/7/2020.

⁵¹⁹ “Créase la sociedad por acciones simplificada, identificada en adelante como SAS, como un nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley. Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, [19.550](#), t. o. 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley.”

⁵²⁰ El art 33 referenciado, los arts 39, 49, 52,53,55,56,61 remiten expresamente a la LGS 19.550 y otras disposiciones a los institutos previstos en ella, aun sin nominarla.

⁵²¹ Manovil Rafael “ Las SAS y las Normas Generales de la ley de Sociedades “ LaLey 2019-C-823, Villanueva Julia “ la sociedad por acciones simplificadas y la autonomía de la voluntad versus la inoperatividad en el derecho societario “ Lley 2018-F-890

⁵²² Marzoratti, Osvaldo J.: “La sociedad anónima simplificada. ¿Será una realidad?” - LL - 2016. Abdala, Martín E.: “Análisis del proyecto de ley de sociedad por acciones simplificadas” Lley - 2017. Molina Sandoval, Carlos A.: “Sociedad por acciones simplificadas (SAS)” - Lley 2017

en torno la aplicación sobre la ley simplificada en lo no provisionado en la ley 27.349, el estatuto y la LGS , no pudiéndose omitir las normas imperativas de la 19.550⁵²³ .

Bajo estas directivas desde ya adelanto que considero y me une la convicción de la necesidad de adaptar las normas societarias y concursales a una realidad que ha superado las estructuras actuales. Ello en tanto las necesidades del tráfico actual, los cambios vertiginosos ocurridos y que están ocurriendo casi diariamente, bajo un horizonte próximo absolutamente desconocido para el conjunto.

Pero la imperatividad normativa y el orden público, entre los que se incluye la seguridad en el tráfico no deben ser omitidos porque en realidad considero protegen el patrimonio, no ya de la sociedad, sino de los accionistas, los socios y los terceros. Esto lo digo porque por una actitud cultural y propia de los desvíos extremos que periódicamente padecemos, hacemos del exceso una conducta que genera una reacción contraria, afectando la efectividad de una figura jurídica que , como instrumento , puede resultar muy valiosa⁵²⁴

Y es que se copia no solo lo similar e incluso la estructura de normas extranjeras cercanas, sino que en muchos casos no se realizada una separación conceptual con institutos traídos de legislaciones previstas para grandes corporaciones ⁵²⁵ que nada tienen que ver con la situaciones jurídicas que se pretenden normatizar⁵²⁶.

Las SAS es una sociedad, pero es una sociedad por acciones. Este es el hecho jurídico trascendental para analizar su tipo, su subtipo o como se prefiera naturalizar jurídicamente a la misma. Las acciones en el caso de las SAS claramente están dirigidas a la representación de una porción de capital, y si bien pueden ser unipersonales, está a las claras que su finalidad es vehiculizar el capital emprendedor. Esa es la finalidad económica de la figura , sin perjuicio que se utilice anti funcionalmente en búsqueda de limitar los requisitos de funcionamiento , ampliar ilimitadamente el objeto , reducir al mínimo su capital de constitución , darse los accionistas sus propias normas de

⁵²³ Coste Diego “ Los límites de la autonomía de la Voluntad en la sociedad de acciones simplificadas Lley 2019-A-969, Manovil Rafael, Nissen –Cuñas Rodríguez , cits

⁵²⁴ Me refiero a lo sucedido con el APE , las SAS , los embates sobre el Fideicomiso , figuras de gran importancia practica para solucionar conflictos y vehiculizar negocios , que al ser superficialmente legisladas – a veces adrede en búsqueda de otros fines- que terminan siendo cuestionadas intensamente y modificadas por resoluciones , decretos , una doctrina que se empecina con ellas , fallos judiciales consecuentes , etc

⁵²⁵ Muchas de ellas abiertas , que cotizan en el mercado publico ofreciendo tenencias , tomando financiamiento y utilizando otras sofisticadas herramientas del *common law* , que nada tiene que ver que sociedades que se pretender utilizar aquí para emprendedores , que carecerían de capital necesario para iniciar una actividad comercial .

⁵²⁶ Considero al respecto de importancia teórica y conceptual el trabajo de Coste Diego, cit al pto 10 .

funcionamiento organizacional , restringir la documentación social reglamentaria para el resto de las sociedades ⁵²⁷ y otras que impactan directamente contra normas y principios imperativos de la legislación societaria ...en todos sus tipos .

El mensaje de elevación presentado por el Poder Ejecutivo⁵²⁸ del proyecto de ley de apoyo al capital emprendedor exponía los fundamentos de creación de las SAS: “*la necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular, aquellas micro, pequeñas y medianas y, en especial, para los emprendedores, ha sido una demanda de antigua data, ante la insuficiencia de las formas o tipos regulados en la Ley General de Sociedades N° 19.550, T.O. 1984, frente a las nuevas expresiones de formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción abreviados* “.

La clave entonces es que la SAS han sido creadas para vehiculizar lo que el legislador considero “el apoyo al capital emprendedor “ , lo cual importa impulsar la generación de negocios mediante diversos mecanismos de financiación que prevé la ley LACE⁵²⁹ . Adviértase que el denominado “emprendimiento” es cualquier actividad desarrollada *por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete(7) años* ⁵³⁰ . La misma norma establece como subespecie la figura del “*emprendimiento dinámico*” definida como una actividad productiva con fines de lucro, cuyos emprendedores originales (los fundadores-accionistas de los arts 183/4/5 LGS) conservan el control político de la persona jurídica, entendida como los votos necesarios para formar la voluntad social, elegir a la mayoría de los miembros del órgano de administración y adoptar decisiones en cuanto a su gestión. Nótese que se sanciona con la perdida de la calidad de “emprendimiento” si se dejan de cumplir los requisitos mencionado: la pérdida del control de derecho (político) de la sociedad y la facultad de elegir al órgano de administración.

Quiere decir que tanto el definido “el emprendimiento” genérico, como “el emprendimiento dinámico” deben ser llevados adelante *por una persona jurídica nueva o cuya fecha de constitución no exceda los siete(7) años* -sic -, y esa persona para ser llamada a ocupar el rol de canalización del capital emprendedor , es regulada en el Título III de la norma como sociedad por acciones simplificadas

⁵²⁷ Se reducen los libros sociales, las publicaciones legales , los requisitos sobre los aportes y prestaciones accesorias , etc .

⁵²⁸ 93/2016

⁵²⁹ Ley de Apoyo al capital emprendedor 27.349

⁵³⁰ Art 2 inc 1 LACE

A partir del art 3 de la ley de LACE⁵³¹ se establecen “las instituciones del capital emprendedor” : las personas jurídicas – publicas privadas o mixtas- y los fideicomisos que tengan por objeto “ aportar “ recursos propios o de terceros a emprendimientos (SAS)

Se crea además la categoría de “inversores del capital emprendedor “ que serán también personas jurídicas – publicas privadas o mixtas- y a los fideicomisos que realice aportes propios o de terceros al emprendimiento (SAS) o en instituciones del capital emprendedor (personas jurídicas o fideicomisos) , o en el caso de personas humanas – que también serán inversores del capital emprendedor - que aporten recursos propios directamente a emprendimientos (SAS)

Los aportes entonces se hacen en forma directa por “instituciones del capital emprendedor” o indirecta a través de fondos aportados de “inversores de capital emprendedor “ o directamente por estos inversores .

Estas instituciones (personas jurídicas o humanas) para obtener los beneficios impositivos establecidos por la ley deberán inscribirse en un registro especial de Instituciones del capital emprendedor⁵³², creándose además un “fondo fiduciario del capital emprendedor”⁵³³ para financiera emprendimientos (SAS) que recibe fondos del estado Nacional , Provincial , entidades internacionales , empresas públicas y privadas , y fondeo a través de la colocación por oferta pública de valores negociables emitidos por el fondo a través del mercado de capitales . Este fondo fiduciario otorgara créditos a : emprendimientos (SAS) instituciones del capital emprendedor (los colocadores de capital al emprendimiento) y a micro , pequeñas y medianas empresas .⁵³⁴

Se establece además un “ sistema de financiamiento colectivo” que tiene por objeto fomentar la industria “ del capital emprendedor “ (financiamiento del capital emprendedor) a través del mercado de capitales⁵³⁵ . Se crea además la figura de “ la plataforma de financiamiento colectivo “ que son sociedades anónimas controladas por

⁵³¹ A los efectos de esta ley, se entenderá por “institución de capital emprendedor” a la persona jurídica —pública, privada o mixta—, o al fondo o fideicomiso —público, privado o mixto— que hubiese sido constituido en el país y tenga como único objeto aportar recursos propios o de terceros a un conjunto de emprendimientos, según se defina en la reglamentación.2. Serán considerados “inversores en capital emprendedor” a los efectos de esta ley: a) La persona jurídica —pública, privada o mixta—, fondo o fideicomiso —público, privado o mixto—, que invierta recursos propios o de terceros en instituciones de capital emprendedor; b) La persona humana que realice aportes propios a instituciones de capital emprendedor; c) La persona humana que en forma directa realice aportes propios a emprendimientos

⁵³² Art 4

⁵³³ FACE

⁵³⁴ Art17

⁵³⁵ Art22

la CNV que ponen en contacto a inversores con emprendimientos (SAS) y personas humanas . También se crea la figura de los “emprendedores de financiamiento colectivo “ (sociedades o personas humanas) que obtienen fondos del público inversor operando como “institución de capital emprendedor “.

Lo novedoso y llamativo a los fines de la presente ponencia es que la ley establece que las únicas formas de participación de los inversores en un “proyecto de financiamiento colectivo” será a través de SA , SAS y fideicomisos ⁵³⁶.

Entrando en la definición del tema las SAS representan un vehículo para la canalización de ahorro público y privado a través de distintas figuras económicas que constituyen un verdadero “sistema de financiamiento “(instituciones de capital emprendedor, inversores de capital emprendedor, plataformas de financiamiento colectivo, fideicomisos)

Es indudable que la acción, entendida como título valor, es el instrumento de circulación del capital que otorga andamiaje jurídico al contrato sociedad, y ese contrato es la sociedad anónima . Nuestra criatura es una sociedad anónima simplificada (SAS) porque apunta no solo agilizar los trámites de registración , digitalizando su contenido documental , desmaterializando el soporte papel y el tramite personal tan arraigado a una cultura jurídico-económica que hace décadas ha venido retrocediendo en el mundo , por imperio de la tecnología , la simplicidad y velocidad del tráfico mercantil .

Esta sociedad por acciones está prácticamente referenciada en las disposiciones de la LGS en torno a lo no establecido o que no concilie con la ley de SAS, a su parte general y demás instituciones sustanciales. Pero “cierra” a favor de los emprendedores-fundadores la administración de la SAS, impone fuertes límites a la transferencia de acciones⁵³⁷ contrariando el principio establecido en el art 214 de la LGS aunque más coincidente que lo normado en el art 153 de la misma en torno a las cuotas de la SRL . Limita asimismo la finalidad de la ley LACE para canalizar recursos para la inversión en nuevas SAS prácticamente cerrando la apertura del capital social .

La ley 27.349 no prevé el derecho a la suscripción preferente del accionista en caso de aumento de capital, instituto propio de las sociedades anónimas representado su

⁵³⁶ Artículo 24.- Participación en un proyecto de financiamiento colectivo. Las únicas formas de participación de los inversores en un proyecto de financiamiento colectivo serán a través de: i) La titularidad de acciones de una sociedad anónima (S.A.) o sociedad por acciones simplificada (SAS), teniendo en especial consideración en ambos casos aquellas sociedades que dentro de su objeto prevean adicionalmente generar un impacto social o ambiental en beneficio e interés colectivo

⁵³⁷ Art 48 “ ...el instrumento constitutivo podrá estipular la prohibición de la transferencia de las acciones o de alguna de sus clases, siempre que la vigencia de la restricción no exceda del plazo máximo de diez (10) años, contados a partir de la emisión. Este plazo podrá ser prorrogado por períodos adicionales no mayores de diez (10) años, siempre que la respectiva decisión se adopte por el voto favorable de la totalidad del capital social.”

capital en acciones, como las SAS. Se blinda así a los emprendedores-fundadores. Sin embargo, no es posible impedir al accionista el derecho a mantener el valor de su acción⁵³⁸ ante un aumento de capital para compensar la diferencia con el valor nominal.

Debemos observar que a través del decreto 27/2018⁵³⁹ se modificó el art 39 de la ley LACE habilitando a las SAS a realizar oferta pública a través de la modificación del inc 1 del art 299 LGS . Así, la reforma habilita a la SAS a cotizar públicamente sus acciones, convirtiéndose éstas en un instrumento válido para el financiamiento a través de plataformas de financiamiento colectivo.

Los antecedentes expuestos nos indican que en realidad la SAS mas allá de su esencial elemento tipificante (la emisión de acciones representativas del capital que pueden desmaterializarse en acciones escriturales en tanto la posibilidad de cotizar las mismas) captan ahorro público , integran un amplio abanico de la industria “ del capital emprendedor “ (los múltiples sujetos relacionados a ella) pueden hacer oferta publica lo cual necesariamente las coloca bajo fiscalización estatal permanente (CNV –IGJ) y sin embargo los accionistas constituyentes actúan como socios de una SRL , se dan sus instituciones de administración y representación , limitan la transferencia de acciones , no clarifican la distribución de utilidades , pero no regulan los derechos de los socios a la información , impugnación de resoluciones asamblearias , convocatoria asamblea , mayorías , quorum , etc ... pero se rigen supletoriamente por las normas de la LGS (lo que alcanza a las figuras típicas de la SA en cuanto aumento de capital , suscripción preferente⁵⁴⁰ , responsabilidad de los administradores y acciones emergentes , etc)

Me interrogo ¿Cómo puede funcionar la perspectiva de una sociedad por acciones donde el accionista inversor que adquiere acciones de una SAS se encuentre desprovisto del ejercicio de sus derechos esenciales como tal....como si se tratase de una *general corporation* (INC) registrada en Delaware ?⁵⁴¹

Más allá de la libre voluntad en torno a las normas que se otorgan sus accionistas (mal llamados socios en la ley) lo cierto es que resulta imposible abstraerse de las normas imperativas de la LGS y de los institutos que regulan a la sociedad anónima , más allá que la administración de la sociedad se regule con el órgano de la SRL . La

⁵³⁸ Manovil , cit 8

⁵³⁹ “ Desburocratización y Simplificación “ 10/1/2018

⁵⁴⁰ Opinión no compartida por Manovil para quien no se trata de un instituto de las SRL , dado el carácter personalista de las SAS que las identifica con ellas ob cit pto8 .

⁵⁴¹ La corporación de Delaware es una elección para empresas de nueva creación y rápido crecimiento, aceptan múltiples rondas de financiación de inversores de capital de riesgo y de inversores de capital privado que suelen salir a bolsa o venden la totalidad del paquete accionario en la etapa de crecimiento. La forma de corporación general es poco flexible en tanto personaliza los requisitos de la misma.

extensión hacia los elementos tipificantes de la SA ha sido reconocida por parte de la doctrina⁵⁴²

La Jurisprudencia ha reconocido la aplicación de la figura de la convocatoria asamblea por parte del accionista en una SAS⁵⁴³, la cual es propia del Capítulo II Sección V de la LGS que regula las SA . Y es que la SAS sintetiza mayoritariamente los caracteres de la anónima (con exclusión de sus órganos y la garantía solidaria de los socios por la integración de los aportes).

Pero más allá de esta caracterización lo cierto es que la SAS tiene por delante una fuerte confrontación interpretativa dada que su estructura de organización y su finalidad en su ley de creación, confronta con la propia naturaleza jurídica e instituciones de la sociedad de capital (inversión) representadas en acciones, restringiendo los derechos de los inversores accionistas.

⁵⁴² Arenas Pablo “ Exclusión de socios por justa causa en la sociedad por acciones simplificada “ “ no encontrándose regulado en la normativa especial, y siendo de aplicación subsidiaria el régimen de la SA, aun las posturas jurisprudenciales más amplias exigen para su operatividad, cláusula estatutaria previa, que habilite el procedimiento de exclusión” DSC Errepar Enero-2019. “ La SAS es una especie dentro del género sociedad por acciones “ Nissan cit pto 5 ...Esta claro que los elementos tipificantes esenciales del tipo SA son su capital social, la representación de ese capital en acciones y los órganos de administración y de gobierno , por fuera de estos elementos no hay otros. Es decir, los socios podrán acudir a la plena autonomía contractual para regular sus derechos y obligaciones, la forma de organizar el ente, y otros aspectos que consideren necesarios regular; pero el problema de fondo (y sin resolver) es que siendo la ley tan escueta en su articulado (apenas 18 normas), su silencio deberá ser cubierto por la Ley General de Sociedades como ley supletoria; y dependiendo de cuál sea nuestra forma de entender o interpretar dicha ley, será de dilatada o reducida aquella autonomía.” Van Thienen P, Di Chiazza Ivan “Sociedades por acciones simplificadas y supletoriedad de la ley general de sociedades “ LLey 2017-12-1251.

⁵⁴³ CamApelCCNqn, 02/08/23, “Fueguina Comunicaciones SA c/Garay Uruga Sebastian s/Inc. Apelación” (Expte. 34170/2023).

¿DIRECTOR CONCURSADO? VADE RETRO

VANNEY, Carlos E.

Abstract:

Si bien no existe en la ley concursal la calificación de conducta, se mantiene en la ley societaria la prohibición para el concursado de ser director o gerente de una sociedad anónima.

No resulta suficiente interpretar la norma para llegar a la conclusión de que esa prohibición fue tácitamente derogada al entrar en vigencia la Ley 24522, sino que se requiere una derogación expresa del inciso 2 del artículo 264 de la Ley 19550.

1. Planteo del tema

El artículo 264 inciso 2 de la Ley General de Sociedades 19550 (LGS) establece que *“No pueden ser directores ni gerentes:... 2º) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación.”*

Si observamos el texto legal vemos que casi todos los supuestos no existen en la actualidad. Al no contemplar la Ley de Concursos y Quiebras 24522 (LCQ) la calificación de conducta no tenemos quiebra culpable, fraudulenta de sociedades –ni tampoco quiebra casual-. Pero si sigue existiendo en la ley concursal el “concurado”.

De modo que podemos decir que la prohibición establecida en este artículo de la LGS no se aplica para los quebrados, pero si debemos aplicarla para los concursados.

Esto, claramente, no resiste el menor análisis.

2. La prohibición de ser director por el hecho de estar concursado

Todos sabemos cómo se legisla en nuestro país, cual es la idoneidad de nuestros legisladores y, sobre todo, cuáles son sus prioridades. Y legislar sobre derecho comercial debe ser de las últimas.

Si bien calificada doctrina ha sostenido que “el inc. 2º de la ley 19.520, que prohibía integrar el órgano de administración a los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta ha sido derogado tácitamente por la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, que ha dejado sin efecto la calificación de conducta de los fallidos o sus administradores, por lo que dicho inciso deberá ser interpretado en el sentido de que tal prohibición solo rige para los quebrados hasta su rehabilitación definitiva”⁵⁴⁴ la realidad es que la prohibición continúa siendo derecho vigente.

En lo personal, considero que la prohibición de integrar el órgano de administración de una sociedad anónima por el solo hecho de estar concursado nunca tuvo mucho sentido. Ni con la actual ley concursal, ni con la anterior. Ni con el concurso del comerciante o el concurso civil⁵⁴⁵.

Aunque admito que durante la vigencia de la Ley 19551 esa prohibición podía tener su lógica ya que ese concursado podía quebrar y se calificada su conducta como fraudulenta o culpable, con las consecuencias que estas calificaciones tenían en ese momento. Pero lo lógico hubiera sido que la prohibición se disparara con la quiebra y pero no rigiera durante la etapa concursal.

Pero desde hace 28 años que, incluso si antes considerábamos acertada la prohibición en la etapa concursal cual la ley preveía la calificación de conducta en caso de caer en quiebra, el mantenimiento de esa prohibición carece totalmente de sentido. Lamentablemente no se aprovecharon las reformas a la LGS por la Ley 26944 y por la Ley 27290 para derogar el inc. 2 del art. 264 de la LGS.

Si bien se ha sostenido en doctrina que se operado una derogación tácita de la prohibición de ser director para una persona concursada⁵⁴⁶, la realidad es que si vemos el texto legal, insisto, esta prohibición se mantiene.

3. Derogación expresa

Con el objeto de evitar interpretaciones dispares o, incluso, a fin de evitar que el tema deba ser judicializado, lo que propongo es la expresa derogación del inciso 2 del artículo 264 de la LGS, a fin de –directamente- quitar del texto legal societario las prohibiciones para ejercer cargos directivos en la sociedad a los concursados y fallidos, manteniéndose solamente las prohibiciones e inhabilitaciones contenidas en la propia

⁵⁴⁴ NISSEN, Ricardo A., Curso de Derecho Societario, Ed. Hammurabi, 3º edición actualizada, 2015, pág. 511

⁵⁴⁵ Derogado con la ley 22.917 (B.Of. 27/09/1983).

⁵⁴⁶ MARCOS, Guillermo Andrés, Las prohibiciones e incompatibilidades para ser director de sociedad anónima en relación a los concursados y fallidos luego del dictado de la ley 24.522 (ver en: <http://www.estudiomarcos.com.ar/descargas/trabajos/El%20Dial%20Incompatibilidades.pdf>).

ley concursal y detalladas en el art. 238 de la LCQ, por el plazo previsto en el art. 236 de esa norma.

En definitiva, la inhabilitación concursal debe ser tratada solo en la ley concursal no debiendo la normativa societaria prever ninguna limitación al respecto.

**LA DESAPARICIÓN DE LA “CULPA GRAVE” COMO FACTOR
AUTÓNOMO DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS
ADMINISTRADORES SOCIETARIOS, POR SU SUBSUNCIÓN EN EL
NUEVO CONCEPTO DE “DOLO”, SEGÚN LO DISPUESTO POR EL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN**

VÍTOLO, Daniel Roque

Sumario

- a) El art. 274 de la ley 19.550 dispone que “...*Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave...*”
- b) Ni el Código Civil redactado por Vélez Sársfield ni el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contienen definición alguna referida al concepto “culpa grave”.
- c) La conformación de lo que debe entenderse por “culpa grave” ha sido —tradicionalmente— consecuencia de una construcción doctrinaria y jurisprudencial.
- d) Dicho concepto quedó plasmado —especialmente— el algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entendiéndose que debe entenderse por “culpa grave” la que “... *excede la regular graduación de negligencia y por su magnitud resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso, o por lo menos traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido buscado por el sujeto...*”⁵⁴⁷
- e) La circunstancia de que, bajo la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación, se haya establecido que “...*El dolo se configura por la*

⁵⁴⁷ Véase CSJN, 19.9.91, “Olmos c/ Strapole”, JA, ejemplar del 1.7.92, n° 5783, pág. 36/39.

*producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...*⁵⁴⁸ importa subsumir dentro del concepto de “dolo” aquello que la doctrina y jurisprudencia habían asignado como signo característico y constitutivo de la “culpa grave”.

f) El legislador del Código Civil y Comercial de la Nación ha descartado la diferenciación entre los conceptos de “dolo directo” y “dolo eventual” subsumiendo el “dolo” bajo un único nivel de intensidad y de capacidad de generación de un factor de atribución en lo que refiere a una conducta dañosa — más allá de la diferencia que pudiera existir en la voluntad del agente que desplegó tal conducta dañosa—.

1. A modo de introducción

Cuatro son —básicamente— los mecanismos en materia de responsabilidad de los administradores societarios que pueden encontrarse en relación con el cumplimiento de sus funciones, su accionar y sus omisiones en el Código Civil y Comercial de la Nación⁵⁴⁹ y en la Ley General de Sociedades 19.550:

(i) El primero de ellos es el genérico contenido en el art. 160 del Código Civil y Comercial de la Nación referido de un modo general a los administradores de personas jurídicas privadas,⁵⁵⁰ el cual establece que “...*Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión*” —un supuesto de responsabilidad subjetiva—.

(ii) El segundo es el contenido en el art. 59 de la ley 19.550, el cual dispone de un modo general que “*Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios...*” y aquellos “... *que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión...*”; en una norma que replica la primera

⁵⁴⁸ Véase el art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁴⁹ Aprobado por la ley 26.994.

⁵⁵⁰ Aquellas comprendidas y enumeradas —básicamente— en el art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación, a las que cabe agregar aquellas a las cuales normas específicas del ordenamiento jurídico también le asignan el carácter de personas jurídicas privadas.

parte del art. 274 respecto de los directores de las sociedades anónimas al mencionar que “*Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59...*” —otro claro caso de responsabilidad subjetiva—;

(iii) El tercero es aquél al que alude el segundo supuesto descrito por el art. 274 de la Ley General de Sociedades, con aplicación específica a los Directores de Sociedades Anónimas, y que se aplica —también— a otras sociedades por acciones y a los gerentes de las Sociedades de Responsabilidad Limitada— estableciendo que “*Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros [...] por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento...*” —un claro supuesto de responsabilidad objetiva—; y

(iv) El cuarto es el mencionado en la última parte del primer párrafo del art. 274 —también aplicable a otras sociedades por acciones y a los gerentes de las Sociedades de Responsabilidad Limitada— donde los directores responderán —adicionalmente— “*... por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave...*” —un sistema residual también de características subjetivas—.

A estas responsabilidades habrán de agregarse otras que están dispuestas por leyes especiales tales como las responsabilidades concursal, tributaria, previsional, laboral, ambiental y penal —entre otras—⁵⁵¹ dependiendo ellas de cada situación particular y de lo que los estatutos especiales dispongan en materia de naturaleza de la responsabilidad, los factores de atribución de dicha responsabilidad y el modo de responder.

Es mucho lo que podríamos debatir —en estas Jornadas de Institutos de Derecho Comercial— respecto de los alcances del régimen de responsabilidad de los administradores societarios, y su vinculación —además— con el régimen general del sistema de responsabilidad por daños consagrado en los artículos 1708 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación —en especial en lo que hace a si las regulaciones de las leyes especiales desplazan y acotan el régimen general establecido en el Código en relación con la responsabilidad de los administradores societarios—.

Sin embargo en este caso me ha parecido conveniente no abordar una cuestión tan amplia y general, resultando más interesante detenerme especialmente en una “miniatura jurídica” —como le gusta recordar al querido profesor español y amigo José Miguel Embid Irujo— dentro del sistema general de responsabilidad de los

⁵⁵¹ Véanse leyes 20.744, 24.522, 24.769, 25.675, 26.735, 27.430, entre otras.

administradores societarios, en especial en la última parte del primer párrafo del art. 274 de la ley 19.550 que alude a la responsabilidad de los administradores “... *por cualquier otro daño producido por [...] culpa grave...*”, para reflexionar respecto de si la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que modificó el concepto y la extensión del instituto del “dolo” —como factor de atribución de responsabilidad—, ha absorbido definitivamente el instituto de la culpa “grave” haciéndole perder toda relevancia en este caso.

2. La cuestión de la culpa y su eventual graduación

El art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone —en materia de factores subjetivos de atribución de responsabilidad, que “...*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión...*”. La norma legal no realiza diferenciaciones ni distinciones en cuanto al nivel o la graduación del concepto “culpa”, sino que —por medio de otras disposiciones— lo que genera son criterios de valoración respecto de la conducta del agente, con el objeto de determinar si se produce la adecuación de su propia conducta en relación con el estándar de conducta asignado conforme al factor de atribución respectivo.⁵⁵²

Así, el Código indica que “...*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...*”;⁵⁵³ o que “...*Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes...*”;⁵⁵⁴ o advierte sobre determinados criterios de valoración a los que no debe recurrirse para formarse un juicio de valor al respecto.⁵⁵⁵

⁵⁵² No se trata aquí la situación de los supuestos de “responsabilidad objetiva” en la medida en que en tales circunstancias “... *la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario...*” Véase el art. 1722 del Código Civil y Comercial de la Nación y su comentario en Vítolo, Daniel Roque (Dir.) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Erreius, Buenos Aires, 2016.

⁵⁵³ Véase el art. 1725, primer párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁵⁴ Véase el art. 1725, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁵⁵ Véase el art. 1725, último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación, donde se señala que “...*Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente...*”

Tradicionalmente —aunque en el texto del Código Civil derogado y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no existe referencia a ello—⁵⁵⁶ la culpa ha sido particionada bajo tres estándares diferentes:⁵⁵⁷

(i) La culpa “leve” —que constituye un estándar de diligencia mediana basado en la figura de sujetos que ejercen sus actividades de manera razonable—;⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ La culpa fue sido clasificada en Derecho Romano en “culpa grave” y “culpa leve”. Posteriormente los glosadores agregaron la categoría de culpa levísima. Véase Koteich, Milagros, Responsabilidad contractual y aquiliana. Revisión de una distinción tradicional con base en la culpa y su graduación, artículo publicado en AA.VV., Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (vol. II), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

⁵⁵⁷ Véase Banfi del Río, Cristián, La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual, Santiago, Lexis-Nexis, 2003; Corral Talciani, Hernán, Lecciones de responsabilidad civil extracontractual,

Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003; Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon; Tunc, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, Tomo I, Vol. 1, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961; Planiol, Marcel y Ripert, Georges, Tratado práctico de Derecho Civil francés, traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, 1940, Tomo VI.

⁵⁵⁸ La culpa leve tiene dos acepciones. La culpa leve en abstracto es no actuar con la diligencia que hubiera tenido un buen padre de familia. La culpa leve en concreto es no poner en ese negocio la diligencia que habitualmente pone el sujeto en sus otros negocios. En efecto; fue obra de la Compilación Justiniana el haber clasificado sus diversos tipos. El Derecho Romano conoció sólo dos grados de culpa en materia contractual: la *culpa grave* o *lata* y la *culpa leve* —que podía ser considerada en abstracto o en concreto, según que se apreciara la culpa en función de un modelo abstracto del buen padre de familia, o *artifex*, o en función de la propia persona del deudor—. La tripartición de la culpa, con sus diferentes grados de diligencia, fue en realidad obra de los juristas del medioevo, pues si bien este proceso había comenzado tímidamente con la compilación justiniana, es recién con la labor de los glosadores —desde Búlgaro y Martino hasta la Glosa Ordinaria de Acursio— que se logra una verdadera sistematización en la materia. Los glosadores, dados a abstraer y clasificar, hicieron de la *culpa levissima*, considerada como violación a la *diligentia diligentissimi*, un grado de culpa dentro de la responsabilidad contractual; ello, quizás, producto de una interpretación inexacta de las fuentes, pues el único caso en donde de ella se hablaba en el Derecho Romano era en la *Lex Aquilia*, en la cual, no obstante, se respondía sólo por culpa leve, que no tenía consecuencias distintas de la levísima, pues en las fuentes justinianas la *exacta* y la *exactissima diligentia* tenían idénticos contenidos. Pueden verse; Arangio Ruiz, V., Responsabilità contrattuale in diritto romano, Napoli, 1933; Giardina, F., Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, Giuffrè Editore, Milano, 1993; Visintini, G., Trattato breve della responsabilità civile (2ª ed.), CEDAM, Padova, 1999; Galdós, Jorge M., La responsabilidad civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2023; Pizarro, Daniel R. y Vallespinos, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe. 2017.

(ii) La culpa “levísima” —que demanda de quien realiza cierta actividad un nivel de cuidado extraordinario—;⁵⁵⁹ y

(iii) La culpa “grave”—que corresponde a aquellos supuestos en los cuales el agente ha actuado con total desaprensión respecto del eventual resultado que pudiera generar su actuación—.⁵⁶⁰

Respecto de este último concepto —la “culpa grave”— que no ha sido definido en ninguno de los dos códigos⁵⁶¹ —pero que es mencionado en varias oportunidades en el texto del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación—, quien ha tenido oportunidad de pronunciarse con el objeto de aplicarlo a situaciones concretas, ha sido la Corte Suprema de Justicia de la Nación —algo sobre lo que volveremos más adelante al formular en concreto esta ponencia—.

3. El “dolo directo” —o lato— y el denominado “dolo eventual”

En cuanto al dolo como factor clásico de atribución de responsabilidad, denominado también “dolo directo”,⁵⁶² el mismo ha sido concebido —tradicionalmente—⁵⁶³ como una conducta voluntaria dirigida a producir daño que

⁵⁵⁹ La culpa levísima tomó como paradigma de comparación un muy buen padre de familia, o un experto en la materia. Véase Albadalejo García, M., *La responsabilidad por culpa extracontractual levísima*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2000.

⁵⁶⁰ Según se ha sostenido en la jurisprudencia, “... la culpa grave se reduce a un error, una negligencia o imprudencia groseras, cometidas sin malicia, a diferencia de lo que es un acto cumplido con voluntad o conciencia del resultado, siendo una noción repetidamente utilizada en el derecho de seguros que impulsa la graduación de culpas. La distinción entre la culpa leve definida por el art. 512 del Código Civil de Vélez Sársfield [hoy derogado] y la culpa grave, está determinada por la relevancia de los deberes objetivos de cuidado que se infrinjan o desconozcan, impuestos al sujeto en su actuación concreta. La distinción no depende de la existencia de mayor o menor número de infracciones cometidas, sino de su intensidad; al ser la culpa grave un concepto relativo —apreciable— y cualitativo más que cuantitativo, la diferencia con la culpa leve está dada por la mayor o menor gravedad de la situación de riesgo creada. Esa gravedad tiene como antecedente el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, que tiene que ser apreciado casuísticamente, considerando una jerarquía de valores, comparados entre el comportamiento humano medio del sujeto ordinario y reflexivo dentro de la comunidad con la conducta seguida por la víctima...” — voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia en autos “Calderón, Félix Guillermo s/ recurso de casación”, CFed. Cas. Penal, 17/9/2001.

⁵⁶¹ Pues no está definido qué debe entenderse por “culpa grave” ni en el Código Civil derogado ni en el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994.

⁵⁶² Véanse Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 1ª. Ed., Cárdenas editor y distribuidor, Méjico, 1988; y Montt Garrido, Mario, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, 4ª. Ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009; entre otros.

⁵⁶³ En el Código Civil de Vélez Sársfield, con la reforma de la ley 17.711, el dolo como vicio de la voluntad estaba previsto en los arts. 931, 933 y concordantes; el dolo delictual. Como elemento del

supone la voluntad de realizar un acto antijurídico con conocimiento de su ilegalidad; sabiendo —quien despliega dicha conducta— que el acto referido puede ser dañoso a los demás; pero sin necesidad —por cierto— de que el agente haya previsto o podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos.⁵⁶⁴

Pero también se ha recogido —como es aceptado en doctrina y jurisprudencia— la idea de la existencia de un “dolo indirecto” o “dolo eventual” —si bien algunos autores diferencian estos dos últimos bajo matices—,⁵⁶⁵ supuesto en el cual el autor de la conducta se representa como posible un determinado resultado dañoso, a pesar de lo cual no renuncia a desplegar esa conducta aceptando las consecuencias de ésta; o bien cuando el sujeto sin dirigir su comportamiento hacia el resultado dañoso mencionado, lo admite como posible o contingente y, aunque no desea que se produzca dicho daño de un modo directo ni indirecto, por no ser el propósito específico o principal de su acción —o de su omisión—, sin embargo igualmente acepta el riesgo o la contingencia y realiza el acto.⁵⁶⁶ Esta categoría de dolo —y su conceptualización y extensión— es algo muy estudiado y debatido en el ámbito del Derecho Penal⁵⁶⁷ —aunque en lo personal me limitaré, brevemente en razón de la extensión reglamentaria asignada a las ponencias en estas Jornadas, al aspecto meramente civil de la cuestión—.

acto ilícito, en el art. 1072; el dolo obligacional en materia de responsabilidad en los arts. 506 y 521. Véase Galdós, Jorge Mario, *La responsabilidad civil...* cit.

⁵⁶⁴ Véanse Picasso, Sebastián, *Comentario al art. 1082*, en Bueres, Alberto J. y Highton, Elena, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003; Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar y López Cabana, Roberto M., *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; y López Herrera, Edgardo, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006 —entre otros—.

⁵⁶⁵ Véase Cosmai, Valeria Paula, *Dolo eventual. Culpa con representación. Una violación al principio de legalidad*, *Revista Nueva Crítica Penal*, año 4, n° 7, enero-junio, 2022, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Mar del Plata.

⁵⁶⁶ Véase Calvo Costa, Carlos A. y Sáenz, Luis J., *Incidencias del Código Civil y Comercial, Obligaciones. Derecho de daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 2016.

⁵⁶⁷ Véanse Cosmai, Valeria Paula, *Dolo eventual. Culpa con representación...* cit.; Niño, Luis F., *Una oportunidad para erradicar el llamado “Dolo eventual” del Código Penal Argentino*. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Ediciones Jurídicas Continental, Costa Rica y Cádiz, 2017; Bustos Ramírez, J. J. (1984). *Política criminal y dolo eventual*. *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 83, n° 2, Catalunya, 1984; Donna, E. A.; De La Fuente, J. *Prevención, culpabilidad y la idea objetiva del dolo. El dolo eventual y su diferencia con la imprudencia consciente. A propósito del fallo Cabello*, en *Revista de Derecho Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Tomo 2003/2. Publicado en 2004; y Vitale, Gustavo L., *Dolo eventual como construcción desigualitaria y fuera de la ley. Un supuesto de culpa grave*. Ed. Del Puerto. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013; entre otros.

4. ¿Existen diferencias entre el “dolo eventual” y la “culpa grave”?

No caben dudas que es sumamente tentador afirmar —y uno se siente inclinado a hacerlo— la similitud o equivalencia existente entre los conceptos de “culpa grave” y “dolo eventual”; y hacia allí se ha encaminado la mayoría de la doctrina⁵⁶⁸ y la poca jurisprudencia que existe en la materia⁵⁶⁹ —no sin cierta resistencia de alguna parte de los autores—. ⁵⁷⁰ Sin embargo entre ambos institutos existe —desde mi punto de vista— una diferenciación clara.

En efecto; en el caso del “dolo eventual” el sujeto que despliega la conducta antijurídica, si bien no persigue causar el daño ni producir resultado dañoso alguno, conoce —o debía conocer— y ha evaluado la posibilidad de que algún resultado dañoso —no querido ni buscado— podría producirse eventualmente, e igualmente despliega la conducta y lleva a cabo el acto. El “dolo eventual” incluye —entonces— un cierto grado

⁵⁶⁸ Es interesante compulsar a Pizarro, Daniel R. y Vallespinos, Carlos G., Tratado de Responsabilidad Civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2023 —en prensa—, quienes consideran que la culpa grave debe ser asimilada al *dolo eventual* no en su conceptualización pero sí en la mayor parte de sus efectos, particularmente en materia de incumplimiento obligacional o contractual. Si bien indican que —a su juicio— equiparar los efectos de ambas nociones no significa identificar dolo con culpa grave, sino tan solo propiciar una similitud de tratamiento jurídico de sus efectos. Equiparar, etimológicamente, quiere decir “*disponer las cosas con ajuste, con simetría*”. Es trazar paralelos entre dos conceptos, considerándolos iguales entre sí, como si fueran iguales, previa comparación. Dicha asimilación en el plano de los efectos se erige como un principio general del sistema de derecho pese a no estar plasmada en una norma positiva específica que así lo disponga. Así —dicen estos autores— el dolo eventual y la culpa grave, aunque sean conceptos jurídicos diferentes, son sumamente similares a punto que, exteriormente apreciados, se manifiestan o exteriorizan mediante los mismos signos, siendo en extremo dificultoso – cuando no, imposible – distinguir las conductas constitutivas de uno y otra. Ello está ligado a la enorme complejidad que importa demostrar la intención o el elemento psicológico del dolo, lo cual razonablemente puede conducir a que se presuma doloso el incumplimiento del deudor desusadamente negligente.

⁵⁶⁹ Véase Barcia L., Rodrigo, La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del derecho de los contratos, Revista Ius et Praxis, año 12, n° 2, Talca. 2006, donde el autor, refiriéndose al derecho chileno, aplica la tesis del negocio jurídico a la asimilación de la culpa grave al dolo. En esta publicación se analiza como la asimilación de la culpa grave al dolo, establecida en el artículo 44.1 parte final del CC, es general en el Derecho civil. Fundamentalmente se sostiene una tesis, ya planteada por nuestra doctrina, en virtud de la cual se extiende la asimilación de la culpa grave al dolo a la prueba en la responsabilidad contractual. En este sentido se analizan los alcances del artículo 1547.1º y 3º del CC. Este estudio también se refiere someramente al dolo, estableciendo que el dolo entendido como “engaño provocado” integra un comportamiento, que se debe entender, como representativo de culpa grave.

⁵⁷⁰ Véase —entre otros— Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel A., Responsabilidad por daños, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

de temeridad y audacia, mientras que la culpa grave se relaciona más con el desinterés o la indiferencia reemplazando la temeridad y la audacia por la desaprensión.

En los supuestos de “culpa grave” lo que el sujeto hace es actuar de un modo indiferente o desinteresado en relación con lo que pudiera ocurrir, sin siquiera plantearse la posibilidad de que su conducta pudiera generar eventualmente un resultado dañoso; simplemente es algo que ni siquiera considera,⁵⁷¹ ni le importa.⁵⁷²

Dicho de otro modo:

- i) en el “dolo eventual” hay un “riesgo consciente asumido” —en griego “κίνδυνος”—; mientras que
- ii) en la “culpa grave” hay un “desinterés” —algo que en griego debería entenderse como conducta atribuida a un “necio” con el alcance conceptual de “distráido” en la expresión greca “ανόητο” o “απερίσκεπτη”— respecto de cualquier otro resultado que pudiera producirse por fuera del específico perseguido por el agente, o en conexión o como consecuencia del acto realizado.⁵⁷³

⁵⁷¹ Desde ya algo no aceptable para quien debe comportarse bajo el estándar del *buen hombre de negocios* como es el caso del administrador societario.

⁵⁷² Y así lo ha entendido la Corte en “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Olmos, Paula Eva c/ Strapoli, Juan Antonio Rosario y otro”, el 19.12.1991 al advertir que “... la culpa grave como causa legal de exoneración de la responsabilidad de la aseguradora (art. 780 de la ley 17418), excede la regular graduación de la negligencia —que se encuentra amparada en los contratos de seguro— y por su magnitud, resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso, o por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto [...] Por ende la configuración de la culpa grave debe ser analizada de conformidad con las circunstancias particulares de tiempo, persona y lugar que se relaciona con el hecho, pues el fundamento de la exoneración de responsabilidad de la aseguradora, radica esencialmente en que la conducta del asegurado supera las previsiones de riesgos propias del contrato, e incursiona en un margen de participación en la producción del siniestro, que desarticula sus bases convencionales...” —Disidencia de los Ministros Mariano Augusto Cavagna Martínez y Eduardo Moliné O`Connor. En el mismo fallo la disidencia del Ministro Rodolfo Barra se refiere a “... indiferencia ante su resultado...”, lo que equivale a “desinterés”. Asimismo, en “Recurso de hecho deducido por Ramos, Juan José c/ LR3 Radio Belgrano y otros”, 27.12.1996, sobre un hecho difamatorio, Considerando 22, se mencionó “...En primer lugar, introduce un factor de atribución subjetivo de responsabilidad de carácter específico, distinto y cualificado respecto del general contemplado en las normas vigentes de la legislación de fondo, para la cual basta la simple culpa a fin de hacer jugar la responsabilidad del agente causante del daño y no necesariamente que se actuó con conocimiento de que dicha noticia era falsa (dolo) o con temerario desinterés acerca de si era falsa o no (culpa grave o casi dolosa)...” Disidencia el Ministro Adolfo Roberto Vázquez.

⁵⁷³ Efectuamos la referencia a los vocablos griegos en la medida en que es en esa cultura donde primitivamente se desarrolló la teoría de la culpa y la responsabilidad civil. Véase Aena Barredo,

La diferencia —por cierto— es bien sutil;⁵⁷⁴ pero —a mi juicio— existe.

5. La subsunción del concepto de culpa grave dentro de dolo en el Código Civil y Comercial de la Nación

Hace tiempo que se viene planteando la posibilidad de equiparar el dolo —a secas y sin determinar si es directo, indirecto o eventual— con la culpa grave. Esto no es nuevo.⁵⁷⁵

En efecto; ya en el año 1892 la Corte, en el caso “*Angel D. Antoni c/ Empresa del Ferrocarril Central Argentino s/ Daños y perjuicios*”,⁵⁷⁶ siguiendo el fallo del Juez Federal de Córdoba, Nicolás M. Berrotarán, se admitió que “... esto no lo exime de la responsabilidad por el dolo y la culpa grave, que en la teoría de la legislación Española y Romana, de la graduación de las culpas, se equiparan por completo fuera de los actos puramente gratuitos para una de las partes (*Magna culpa dolus est. Dice Fr. 226, D, de verb signif. 50.16*)...”, para en el año 1965 —en la causa “*Recurso de hecho deducido por Ricardo S. Vadell y otra en la causa Vadell, Santiago de las Mercedes s/ Sucesión*”—⁵⁷⁷ reconocer un pago de impuestos como liberatorio, con jerarquía

Cristian, Los estadios de la culpa en el mundo griego. Importancia de su estudio para la responsabilidad civil, *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*, n° 44, Valparaíso, 2022; también puede consultarse del mismo autor Raíces griegas de la noción romana de la culpa, en *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*, n° 35, Valparaíso, 2013; Gernet, Louis, *Droits et Institutions en Grèce Antique*, Flammarion, París, 1982; Phillips, David, *The Law of Ancient Athenes*, Michigan University Press, Michigan, 2013; entre otros.

⁵⁷⁴ Y no exenta de controversia.

⁵⁷⁵ Puede verse incluso Bueres, Alberto J., La asimilación de la culpa grave al dolo, RCyS, 2015-VI-1, donde sostiene que la asimilación en sus efectos de la culpa grave con el dolo se asienta en una necesidad social, cual es evitar que se trate de manera diferente a quien incumplió con sus obligaciones con extrema desaprensión y a quien actuando con grosera torpeza pretendiera favorecerse aduciendo ausencia de intención maléfica, ya que no puede favorecerse a quien, al amparo de sus “... groseras torpezas o debilidades, pretendieran desconocer que actuaron con intención maléfica. De tal suerte, la maldad tomaría la máscara sencilla de la torpeza. Y para evitar esa iniquidad se ha creado la presunción de que si un individuo obra con magna negligencia subyace en dicha actitud la intención de dañar...”

⁵⁷⁶ Fallo del 18/8/1892.

⁵⁷⁷ Fallo del 19/3/1965.

constitucional, en tanto no medie en el mismo “... *dolo o culpa grave equiparable*”⁵⁷⁸ *del contribuyente...*”⁵⁷⁹—.

Pues bien, el sentido de esta ponencia es sostener —y aquí quizás lo nuevo— que, cuando el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación menciona dentro del concepto del dolo a quien actuara “... *con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos...*” en realidad lo que está haciendo es subsumir dentro del concepto de dolo — como factor de atribución de responsabilidad— a aquellos sujetos que actúen con culpa grave y, de tal suerte, aquellas conductas a las que refiere el art. 274 de la ley 19.550 en materia de responsabilidad de los administradores societarios, respecto de “... *cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave...*”, hoy debe leerse como “... *cualquier otro daño producido por dolo o abuso de facultades...*” en la medida que —al menos en este campo— el factor de atribución de responsabilidad calificado como “culpa grave” ha quedado subsumido —y absorbido— dentro del nuevo concepto de “dolo”. Dicho de otro modo, no equipara el Código la culpa grave al dolo, sino que el dolo absorbe en forma absoluta la figura de la culpa grave fusionándola y disolviéndola para quedar constituida y configurada en dolo —lo que es algo distinto y más profundo—;⁵⁸⁰ pues esto hace desaparecer la “culpa grave” como factor autónomo de atribución de responsabilidad.

Ciertamente, esta novedad no es intrascendente, ni inocua, pues —más allá de la discusión doctrinaria y jurisprudencial referida brevemente en estas líneas— la subsunción aludida tendrá otras consecuencias sobre las cuales no puedo extenderme — en esta oportunidad— para no infringir el límite reglamentario de páginas asignado a las ponencias por parte de las autoridades de las Jornadas.⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Se señala claramente la existencia de una culpa grave es “...*equiparable...*” al dolo.

⁵⁷⁹ Con referencia a Fallos 258:208 “Cía. Frigorífica Swift de La Plata S.A. s/ Comisión de Fomento Villa Gobernador Gálvez”, 22.4.1964, y sus citas.

⁵⁸⁰ Y con trascendencia en otros aspectos del Derecho.

⁵⁸¹ Aunque sobre ello volveré prontamente.

Subtema 3:

La incidencia de las tecnologías en el derecho societario

REGISTRO NACIONAL DE SOCIEDADES: UNA DEUDA EN LA ERA DE LA INFORMACIÓN

CAPPAGLI, Santiago⁵⁸² y D'ESPÓSITO, Facundo⁵⁸³

Sumario:

El presente trabajo abordará la situación actual del Registro Nacional de Sociedades, un registro nacional creado hace más de cincuenta años que a la fecha no ha sido puesto en pleno funcionamiento, pese a que ello tendría como resultado una maximización de recursos en la era digital que atraviesa el mundo, y particularmente el derecho societario.

I. Introducción

No saber en qué jurisdicción fue inscripta una sociedad o no conocer su última sede social denunciada ante el Registro Público son algunos de los tantos problemas que afrontamos a diario los operadores jurídicos producto de la necesidad de citar a una sociedad a una mediación, emplazarla en juicio o enviarle cualquier tipo de comunicación.

⁵⁸² Se incorporó al Poder Judicial de la Nación en el 2018 como Secretario del Juzgado Nacional en lo Comercial N°3 y, en 2022, obtuvo para su Secretaría el certificado de calidad de las Normas ISO IRAM 9001:2015. Se graduó de abogado en la UCA en 2007 y realizó la maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral y dos diplomaturas de Derecho Constitucional (Universidad de San Andrés y Austral). Es JTP de Derecho Societario en la Facultad de Derecho de la UBA (Cátedra Chomer) desde el 2019, adjunto interino de los cursos intensivos de verano e invierno desde el 2021 y fue Ayudante de Segunda (2012/2018). Antes de ser Secretario de Juzgado ejerció la profesión (10 años) en Marval, O'Farrel & Mairal y en otros estudios jurídicos de Buenos Aires.

⁵⁸³ Abogado (UCEMA). Asociado en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen (PAGBAM). Docente ayudante de Derecho Societario y Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Cátedra Chomer). Docente adjunto de Derecho Societario en la Universidad del CEMA.

El problema se profundiza cuando debemos convertirnos en investigadores expertos y ampliar nuestra búsqueda en los boletines oficiales de cada jurisdicción, pagar un informe comercial o bien algún informe de información que algunos registros públicos ofrecen a los profesionales.

Recordemos que desde la reforma constitucional de 1994, la República Argentina cuenta con 24 jurisdicciones, compuestas por 23 provincias y un distrito federal, en las que podemos encontrar diferentes registros públicos encargados de llevar adelante las inscripciones en materia societaria desarrolladas dentro de su competencia territorial.

Sin embargo, el escenario que afrontamos no parece coincidente con la realidad en la que vivimos, en la que cualquier persona puede acceder a un sinfín de datos en una milésima de segundos desde cualquier sitio del planeta, hablamos de inteligencia artificial o incluso pensamos en figuras societarias gestionadas a través de protocolos autoaplicables (DAOs).

Imaginemos la existencia de un sitio web oficial en el que cualquier persona pudiera acceder, busca una sociedad (sea a través de su denominación social o incluso su CUIT) y el sistema reflejara en tiempo real su última sede social inscripta ante el Registro Público competente, la composición de su órgano de administración o incluso el elenco de socios que la conforma en los casos en que las transferencias de las participaciones sociales deban ser informadas a la autoridad de contralor.

No es una idea desmesurada y el legislador ya ha pensado en ella: nos referimos al Registro Nacional de Sociedades (en adelante, el “RNS”), un registro que pese a los distintos esfuerzos de los actores intervinientes, nunca ha podido ser puesto en pleno funcionamiento y hoy arroja como resultado una base de datos obsoleta, en muchos casos desactualizada y sin la información necesaria como para que cualquier ciudadano o entidad pueda conocer en tiempo real información básica de un ente societario.

Sin perjuicio de lo antedicho, Roitman recuerda que el RNS tiene fines meramente informativos al poner a disposición del público los datos suministrados por los registros u organismos locales, no siendo responsable por las deficiencias o falta de inscripciones; de esta forma, el RNS debe brindar información de dos tipos: una, de datos registrales y autorizaciones, y otra, de documentación digitalizada, referida a copia de estatutos, reformas, asambleas y balances de entidades inscriptas⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ ROITMAN, H., “Ley General de Sociedades comentada y anotada”, Tomo I, Ed. La Ley, 3° edición, Bs. As., 2022, p. 269.

A mayor abundamiento, Cabanellas de las Cuevas destaca que el RNS está destinado a tener funciones informativas y estadísticas⁵⁸⁵, mientras que Muguillo agrega que tiene un “alcance federal, a diferencia de los registros locales destinados a la inscripción de los contratos”⁵⁸⁶.

A lo largo de la exposición abordaremos el marco normativo y la situación actual del RNS para concluir que su correcto funcionamiento acarrearía como resultado un impacto directo sobre los principios básicos de celeridad y economía procesal, facilitando la labor de los operadores jurídicos e, incluso, al propio Estado u otras organizaciones, contribuyendo al avance tecnológico a través de la democratización de la información.

II. Breve aproximación de los antecedentes del RNS

Una primera aproximación data del año 1970 y es encontrada en la Ley N° 18.805⁵⁸⁷, cuyo contenido regulaba las funciones y competencias de la Inspección General de Personas Jurídicas al indicar que el organismo debía “organizar y llevar los Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, de Sociedades Extranjeras, de Asociaciones Civiles y de fundaciones” con el objetivo de cubrir “una sentida necesidad tanto para la función de gobierno como para el servicio del público en general”⁵⁸⁸.

A su turno, el Decreto N° 2293/1971 reglamentario de la Ley N° 18.805 autorizaba a la Inspección General de Personas Jurídicas a “solicitar de las autoridades judiciales y administrativas de las distintas jurisdicciones, toda información y documentación que considere necesaria para formar, organizar y mantener los Registros Nacionales creados por el párrafo 3.10 de la Ley 18.805”.

Posteriormente, la sanción de la Ley N° 19.550⁵⁸⁹ en el año 1972 retomó la idea e indicó que “cuando se trate de sociedades por acciones, el Registro Público de

⁵⁸⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (autor), “Tratado de Derecho Civil y Comercial-Sociedades”, dirigido por SÁNCHEZ HERRERO, A. (director) y SÁNCHEZ HERRERO, P. (coordinador), Tomo IX, Ed. La Ley, 2° edición, Bs. As., 2018, p. 147.

⁵⁸⁶ MUGUILLO, R., “Legislación usual comentada - Derecho Comercial - Sociedades”, dirigido por CHOMER, H. y SÍCOLI, J., Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p. 39.

⁵⁸⁷ La Ley Orgánica de la Inspección General de Personas Jurídicas N° 18.805 fue publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina (“BORA”) el 4/11/1970 y fue la primera ley que reguló el actuar de la Inspección en el ámbito nacional, reemplazando el régimen previsto por los decretos del 27 de abril de 1923 y N° 7112 del 24 de septiembre de 1952.

⁵⁸⁸ Conforme surge de la nota acompañada por el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo Nacional el 9/10/1970 como fundamento de la sanción de la Ley N° 18.805.

⁵⁸⁹ La Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 fue sancionada el 3/04/1972 y publicada en el BORA el 25/04/1972.

Comercio, cualquiera sea su jurisdicción territorial, remitirá un testimonio de los documentos con la constancia de la toma de razón al Registro Nacional de Sociedades por Acciones". Sin embargo, también dispuso que "los registros mencionados en este título se registrarán por las normas que se fijen por vía reglamentaria", por lo que la puesta en marcha de los mentados registros nacionales resultó incierta.

La sanción de la Ley N° 19.880⁵⁹⁰ a finales del 1972 trajo aún más incertidumbre sobre la temática, pues modificó una disposición transitoria contemplada por la entonces reciente Ley N° 19.550 y resolvió que "hasta tanto se dicten las leyes previstas en el artículo 371, reglamentarias de los registros mencionados en esta ley, no registrará lo dispuesto en los artículos 8° y 9° (...)".

La Ley N° 22.315⁵⁹¹ sancionada en el año 1980 sustituyó la Ley N° 18.805 e incorporó dentro de las funciones registrales de la nueva Inspección General de Justicia la obligación de llevar el registro Nacional de Sociedades por Acciones, el Registro Nacional de Sociedades Extranjeras y los registros nacionales de asociaciones y fundaciones⁵⁹².

En línea con lo establecido por el Decreto Reglamentario de la derogada Ley Orgánica de la Inspección General de Personas Jurídicas, el Decreto N° 1493/1982⁵⁹³ reglamentario de la Ley N° 22.315 otorgó similares facultades sobre la Inspección General de Justicia para solicitar información a los distintos registros públicos.

A principios del 1999, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto N° 23/1999⁵⁹⁴ y encomendó a la Inspección General de Justicia a la concreción, organización y funcionamiento del Registro Nacional de Sociedades por Acciones y del Registro Nacional de Sociedades no Accionarias, al tiempo que invitó a las provincias a adherir a dichos registros asumiendo el compromiso de suministrar toda la información necesaria y autorizó a la Inspección General de Justicia a suscribir convenios con autoridades judiciales y/o administrativas locales para la efectiva puesta en marcha de estos.

A su turno, la Inspección General de Justicia dictó la Resolución General N° 4/1999 que estableció qué datos registrales debía brindar cada registro público local y la periodicidad necesaria para ello, al tiempo que expresó la necesidad de que cada jurisdicción adhiriera a la normativa para su evolución. Sin embargo, en palabras de

⁵⁹⁰ La Ley N° 19.880 fue sancionada el 11/10/1972 y publicada en el BORA el 18/10/1972.

⁵⁹¹ La Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia N° 22.315 fue sancionada el 31 de octubre de 1980 y publicada en el BORA el 7/11/1980.

⁵⁹² Ley 22.315 regulatoria de la Inspección General de Justicia, sancionada el 31/10/1980 y publicada en el BORA el 07/11/1980, artículo 4, incisos d, e y f.

⁵⁹³ Decreto Reglamentario N° 1493/1982 del 13/12/1982, publicado en el BORA el 16/12/1982.

⁵⁹⁴ Decreto N° 23/1999 del 18/01/1999, publicado en el BORA el 20/01/1999.

Vítolo, la falta de presupuesto ocasionó que los registros nunca fueran organizados ni se llevara adelante su cometido⁵⁹⁵.

III. El intento de la Ley N° 26.047

Acorde a lo visto hasta el momento, podemos observar que durante los primeros treinta años contados desde la concepción de los registros nacionales a nivel societario, nunca pudieron ser puestos en práctica pese a los distintos esfuerzos y la más variada normativa.

Pese a ello, en el 2005 la Ley N° 26.047 volvió a poner el tema sobre la mesa y reflató la idea de organizar los distintos registros nacionales con una serie de disposiciones cuyo éxito resulta ampliamente discutible al día de la fecha.

Preliminarmente, cabe destacar que la Ley N° 26.047 reconoce la preexistencia de los registros nacionales e indica que el “*Registro Nacional de Sociedades por Acciones, creado por el artículo 8° de la Ley 19.550 de sociedades comerciales (...), se regirán por las disposiciones de la presente ley*”.

A su turno, la Ley N° 26.047 introduce un avance a nivel práctico para la proyección inmediata de los registros nacionales, puesto que si bien contempló que su organización y funcionamiento dependerá de la Inspección General de Justicia -es decir, un organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-⁵⁹⁶, indicó que resultará necesaria la utilización de los medios informáticos desarrollados y provistos por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

No menos importante, la Ley N° 26.047 insta a la autoridad de aplicación a solicitar de los distintos registros públicos “*toda la información que considere necesaria para el cumplimiento de la misma*”, incluso sobre aquellas provincias que no adhieran a la ley, siempre que no se vea vulnerada la autonomía provincial consagrada por la Constitución Nacional.

Vítolo consideró que la sanción de la Ley N° 26.047 fue un gran avance en materia de incentivos a nivel local, pues las provincias podrían modernizar sus sistemas informáticos, recibir capacitación de personal y asegurar una renovación operativa de sus propios registros⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ VÍTOLO, D.R., “Un avance alentador”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, cita AR/DOC/2258/2005.

⁵⁹⁶ Sin embargo, cabe destacar que la Decisión Administrativa N° 312/2018 dispuso que su funcionamiento se encontrará dentro de la órbita de la Subsecretaría de Asuntos Registrales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a cargo de la Dirección de los Registros Nacionales de Sociedades y del Registro Nacional de Concursos y Quiebras.

⁵⁹⁷ VÍTOLO, D.R., “Un avance alentador”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, cita AR/DOC/2258/2005.

Pese a ello, luego de dieciocho años de la sanción de la Ley N° 26.047, es posible pensar que la normativa devino en letra muerta y toda la proyección prevista por el legislador para la efectiva puesta en marcha de los registros nacionales fue atropellada por el galopante avance tecnológico que atraviesa nuestra sociedad.

Si bien algunas provincias han dictado leyes de adhesión a la normativa nacional (por ejemplo, Buenos Aires, Chaco, Chubut, La Pampa, Misiones, Neuquén, Río Negro, San Juan⁵⁹⁸, entre otras), la realidad demuestra que el RNS cuenta con una base de datos íntegramente provista por la AFIP, por lo que su información no puede suplir los datos que el Registro Público competente pudiera informar.

IV. El actuar de la AFIP

Tal como hemos mencionado, la AFIP es el único organismo que comparte su base de datos con el RNS, por lo que el registro nacional se encuentra en funcionamiento parcial gracias a que el organismo informa mensualmente las novedades del “Padrón de contribuyentes”, aportando información sin secreto fiscal que luego es publicada al RNS a través de la Secretaría de Innovación Tecnológica dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En ese sentido, cabe mencionar que AFIP suscribió dos convenios de colaboración con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a fin de implementar la manda impuesta por la Ley N° 26.047.

Por un lado, el Acta Acuerdo N° 3/2006⁵⁹⁹ previó la realización de acciones conjuntas o coordinadas por parte de ambos organismos para poner en funcionamiento los registros nacionales contemplados por la Ley N° 26.047, acordando una división en etapas con un poco impacto en la realidad: en una primera etapa, los registros nacionales se organizarían y pondrían en pleno funcionamiento en el ámbito de la CABA, comprendiendo únicamente a las sociedades comerciales que se constituyeran o modificaran en dicha jurisdicción; en una segunda etapa, serían incorporados a los registros nacionales los datos de las personas jurídicas constituídas, inscriptas y autorizadas en todos los Registros Públicos de Comercio del país, siempre que la jurisdicción de inscripción hubiera adherido a la Ley N° 26.047.

⁵⁹⁸ Buenos Aires sancionó la Ley N° 14.555 en 2013, Chaco la Ley N° 6.835 en 2011, Chubut la Ley N° III/39 en 2012, La Pampa a través de la Ley N° 2237 del 2005, Misiones la Ley N° I/166 del 2019, Neuquén la Ley N° 2825 del 2012, Río Negro la Ley N° 4654 del 2011, y San Juan la Ley N° 1126-D del 2014.

⁵⁹⁹ El Acta Acuerdo N° 3/2006 fue firmado el 11/05/2006 entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, representado por el Dr. Alberto J. B. Iribarne, y la AFIP, representada por el Dr. Alberto R. Abad.

Por otro lado, el Acuerdo N° 7/2011⁶⁰⁰ buscó relanzar el RNS indicando que las jurisdicciones que hubieran adherido a la Ley N° 26.047 serían incorporadas con la previa suscripción de un convenio de cooperación con la AFIP y el Ministerio de Justicia. Asimismo, nuevamente fue prevista la división en etapas de su funcionamiento, y conforme fuera informado por la autoridad de aplicación del RNS, la “primera fase” fue cumplida, pues se publicó la base de datos obtenida de AFIP y se lanzó la página web del registro, poniendo a disposición la totalidad de datos que obran en su poder de forma pública, abierta y gratuita.

No menos importante, cabe recordar que la AFIP y la Inspección General de Justicia suscribieron la Resolución General Conjunta N° 2325/2007 (AFIP) y N° 5/2007 (IGJ) que pretendía implementar un sistema de intercambio de información que no prosperó.

V. Los oficios de informes y la necesidad de simplificación de tareas

Tal como mencionamos al inicio de esta exposición, más allá de la necesidad de democratizar la información en una era en la que los datos están al alcance de la mano en una milésima de segundos, la puesta en funcionamiento pleno del RNS simplificará notoriamente la práctica profesional de los operadores jurídicos, tanto en el ámbito administrativo, prejudicial como en el ámbito judicial, a la vez que constituirá una base de datos útil para el propio Estado y otras organizaciones.

Con acierto, Muguillo ha señalado que “(...) *un registro unificado para todo el país, con posibilidad de intercambio de información entre las diversas jurisdicciones -más ahora con la accesibilidad en la web-, protegería el comercio y al público en general, eliminando las maniobras de mala fe (uso indebido del nombre social, utilización fraudulenta de falsos domicilios, sociedades mellizas, etc)*”⁶⁰¹.

Dicho esto, pensemos específicamente en un uso que podemos darle al RNS que allanará la labor judicial y evitará un dispendio innecesario de recursos: los oficios de informes para conocer cierta circunstancia de una sociedad, tal como para conocer la última sede social inscripta y así ser emplazada. Resulta ampliamente conocida la dificultad que en muchas ocasiones acarrea la libranza de un oficio a un Registro Público que puede provocar el retraso innecesario del proceso judicial, sea por falta de respuesta, los complicados requisitos formales exigidos para su contestación o

⁶⁰⁰ El Acuerdo N° 7/2011 fue firmado el 4/05/2011 entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, representado por el Dr. Julio César Alak, y la AFIP, representada por el Dr. Ricardo D. Echegaray.

⁶⁰¹ MUGUILLO, R., “Legislación usual comentada - Derecho Comercial - Sociedades”, dirigido por CHOMER, H. y SÍCOLI, J., Ed. La Ley, Bs. As., 2015, p. 39.

los amplios plazos que disponen -de facto- los códigos de procedimientos locales para su contestación.

A modo ejemplificativo, graficamos la situación detallada anteriormente con datos numéricos brindados por algunos organismos oficiales en el marco de pedidos de información pública: el Consejo de la Magistratura de la Nación informó que la Inspección General de Justicia había recibido a través del sistema DEOX un total de 70.020 oficios durante el año 2021 y 44.951 oficios en los primeros ocho meses del 2022⁶⁰², mientras que el RNS informó que había respondido en todo el país un total de 45 oficios en el año 2021 y 31 oficios hasta el mes de noviembre del 2022⁶⁰³. A su turno, la Inspección General de Justicia informó que procesó y contestó en los primeros nueve meses del 2022 un total de 51.984 oficios, al tiempo que indicó al tiempo de su respuesta que contaba con veintitrés agentes destinados a la contestación de oficios⁶⁰⁴.

Esta suerte de estadística que compartimos da cuenta del volúmen de requerimientos de parte de los usuarios y del alto nivel de respuesta de parte de la IGJ, lo que contrasta con la bajísima cantidad de requerimientos que los usuarios han hecho al RNS. Esto indica que es altamente probable que, en caso de que el RNS funcionará adecuadamente -con información completa y actualizada en tiempo real- sería muy significativa la cantidad de requerimientos de parte de los usuarios, lo que generaría un círculo virtuoso y le daría un protagonismo del que hoy carece, aportando valor a la comunidad.

VI. Conclusiones

Pese a que la concepción de los registros nacionales data desde hace más de cincuenta años, la efectiva puesta en marcha del RNS es una verdadera deuda en la era de la información, pues al día de hoy no contamos con ninguna plataforma que centralice la información canalizada por los veinticuatro registros públicos localizados a lo largo y a lo ancho del país, lo que acarrea consecuencias prácticas inmediatas: imposibilidad de contar con un control de homonimia, grandes demoras para conocer la jurisdicción de inscripción de una sociedad, su sede social, miembros del órgano de administración o incluso elenco de socios en aquellas sociedades no accionarias.

⁶⁰² Respuesta otorgada por el Consejo de la Magistratura de la Nación por conducto de un pedido de información pública en septiembre del 2022.

⁶⁰³ Respuesta otorgada por la Dirección de los Registros Nacionales de Sociedades y del Registro Nacional de Concursos y Quiebras por conducto de un pedido de información pública en noviembre del 2022.

⁶⁰⁴ Respuesta otorgada por la Inspección General de Justicia por conducto de un pedido de información pública en septiembre del 2022.

Un RNS en pleno funcionamiento no sólo facilitará la labor diaria de los operadores jurídicos, sino que también permitirá que los registros públicos puedan redistribuir más eficientemente sus recursos y aliviar sus tareas informativas.

Las nuevas tecnologías propician el acceso irrestricto sobre la información en tiempo real y, en línea con esa tendencia, creemos que el RNS viene a “ (...) reforzar la función publicística que cumple la inscripción de los actos sociales en el Registro Público desde que permiten a los particulares interesados tomar conocimiento de datos que hacen a la existencia y vida de las sociedades (...) [y] [a]demás, como central de datos, constituyen un medio que posibilita al Estado u organizaciones que llevan a cabo estudios económicos, adquirir datos con fines estadísticos para determinar y prever el desarrollo de la política económica”⁶⁰⁵.

Confiamos que el Estado tiene las herramientas y el personal idóneo para concretar y hacer efectivo el RNS, a la vez que su efectiva puesta en funcionamiento beneficiará a toda la comunidad a través de la democratización de la información, maximizará los recursos existentes y contribuirá a la celeridad de todos los procesos.

El legislador del 1970 ya había concebido al RNS como una necesidad para la función de gobierno y para el servicio del público en general; hoy proponemos ir más allá, ser coincidentes con la era en la que vivimos y pensar su efectiva puesta en marcha no sólo como una necesidad, sino como una obligación.

⁶⁰⁵ ROITMAN, H., “Ley General de Sociedades comentada y anotada”, Tomo I, Ed. La Ley, 3° edición, Bs. As., 2022, p. 271.

**DIGITALIZACION DEL DERECHO DE SOCIEDADES Y EL REGISTRO
PUBLICO DE COMERCIO (SOBRE LA NECESIDAD DE ABOLIR LOS
CONTROLES REGISTRALES SUSTANCIALES CONTRARIOS AL NUEVO
ESPÍRITU SOCIETARIO DE LA ÉPOCA)**

CONY ETCHART, Ricardo

1.- El nuevo marco tecnológico al servicio de las relaciones sociales y económicas -revolución digital- supone un nuevo paradigma que afecta los institutos jurídicos preexistentes.

2.- En el ámbito societario, los nuevos mecanismos técnicos informatizados de comunicación y traslado de información están transformando el marco de las relaciones internas o intrasocietarias. Más allá del ejercicio de los derechos básicos del accionista (información, representación, voto), los medios de comunicación a distancia de carácter electrónico, la participación misma en la junta general por estas nuevas vías o la representación de la posición de socio en registros contables informatizados, se plantea ahora una profundización en la transparencia de la relación sociedad-socio, obligaciones de identificación de los mismos, de transmisión de información desde la sociedad a los accionistas y de estos a la sociedad, así como de facilitación del ejercicio de determinados derechos del socio, todo lo cual solo es posible desde la utilización de estas nuevas tecnologías. Baste como ejemplo las redes de Blockchain.

3. En ese contexto, la Propuesta de Directiva elaborada por la Comisión Europea del año 2019 (“Propuesta de Digitalización”), plantea a los estados miembros: (a) La constitución de las sociedades “on line”, impidiendo exigir la comparecencia física del fundador (o de su representante) ante ninguna autoridad nacional o notarial; (b) Extiende el procedimiento íntegramente en línea a todo el denominado ciclo vital de la sociedad y prevé soluciones íntegramente electrónicas para presentar la documentación y la información necesaria en el Registro a lo largo de la vida de aquella; (c) La apertura de sucursales “on line”; (f) La publicidad de todos los documentos y de todas las informaciones de la vida social se puedan presentar a través de una plataforma electrónica central donde la publicidad podrá tener efectos jurídicos (“oponibilidad”) sin necesidad de su publicación en ningún Boletín nacional (en tal sentido puede verse la propuesta de Balbín S. en estas Jornadas, quien propone la supresión de la publicidad edictual en materia societaria).

4.- Como es dable apreciar los principios rectores de la digitalización societaria, apuntan a la remodelación de derecho mercantil de las sociedades cerradas para

potenciar el espíritu emprendedor en un mundo globalizado y tecnificado procurando ser un derecho societario facilitador de la iniciativa empresarial, no paralizador, no obstaculizador, no restrictivo.

5.- El “tsunami digital” en materia de derecho societario tiene un impacto central en el papel que deben desempeñar los Registros Públicos de Comercio. En efecto, la digitalización, con los fines apuntados, impone la necesidad de repensar la forma de actuación de dicho organismo y, ante esta nueva realidad, cual debe ser su función para poder coadyuvar a acompañar la marcha de un derecho proactivo para la creación y la consolidación empresarial que ayude a eliminar las trabas jurídicas que entorpecen la creación de empresas. Se impone entonces identificar cuáles son los obstáculos innecesarios que plantea el funcionamiento del organismo registral, para eliminarlos.

6.- Se propone un Registro Público ausente de control de legalidad sustancial, funcionando en una plataforma digital (i) que controle la legalidad formal de determinados actos jurídicos societarios, (ii) que los registre y (iii) que los publicite con la finalidad de que tales actos puedan surtir efectos contra terceros.

7.- El control de legalidad formal por parte del Registro Público, es decir la verificación si el acto sujeto a registración cumple los requisitos formales y sustanciales que exigen la ley, es el único que satisface acabadamente el principio rector de toda entidad registral: el principio de especialidad. Este predica la necesidad de tener establecido sobre bases objetivas y claramente verificables, los bienes, actos o hechos objeto de inscripción, sus titulares, sus efectos y sus formas. Contrariamente a ello, cualquier control de legalidad sustancial, viola dicho principio de especialidad, en cuanto nos coloca en el campo de la discrecionalidad administrativa, brumosa y proclive a reafirmar el poder del propio organismo, lo que los registradores cimientan erigiéndose en árbitros de situaciones no tasadas, que contribuyen a ralentizar los procesos registrales, perturbar intereses particulares, afectando el tráfico general en una magnitud que los funcionarios actuantes no llegan a comprender o, simplemente, no les importa.

8.- La transformación digital supone la existencia de un registro mercantil adaptado al operador digital, de manera de evitar una situación que es recurrente en épocas de cambios sustanciales en la realidad socioeconómica: inadecuación de las normas existentes, gran número de lagunas, proliferación de relaciones atípicas frente a los tipos normativos y todo ello con los consiguientes problemas de aplicación normativa.

9.- Así las cosas, este nuevo contexto tecnológico exige un Registro Público puntual y profesional en el ejercicio de facultades registrales determinadas en forma precisa, sólo limitadas al control de legalidad formal de los actos registrables y a su publicidad. Bajo es marco, se debe evitar otorgar a dicho ente facultades de amplia discrecionalidad ancladas en criterios políticos, ideológicos y que, erróneamente, se encuentren por encima de las capacidades de las estructuras y funcionarios del ente de control quienes, las veces, con su intervención, distorsionan la marcha del mundo societario en desmedro de la capitalización de la economía nacional.

10. El Registro, o el registrador ocasionalmente a cargo, no pueden erigirse en centinelas que abren o cierran, sobre la base de parámetros abiertos e indeterminados, el acceso al mercado de las sociedades comerciales.

**LAS “DAOs” DE INVERSIÓN, ENCUADRAMIENTO JURÍDICO Y
CONSECUENCIAS**

FAVIER DUBOIS, Eduardo M.

SUMARIO:

-Las DAOs constituyen una forma de organización autónoma conformada por un código informático y encriptado (protocolo), que relaciona a las partes (P2P) a través de contratos inteligentes operados bajo la tecnología blockchain. Permiten establecer reglas complejas de funcionamiento, administración y gobierno. Pueden tener o no fin de lucro y distintos objetos específicos, incluyendo inversiones y reparto de dividendos.

-Las DAOs con objeto de inversión, al no explotar una empresa, no son sociedades sino contratos asociativos y de adhesión sujetos a condiciones generales impuestas por el desarrollador quien es responsable por los riesgos sistémicos.

-Los inversores asumen el carácter de adherentes y, en principio, no tienen responsabilidad alguna por daños sistémicos. En caso de responsabilidad por decisiones tomadas por los tokens de gobernanza, la misma es mancomunada y según la porción de cada uno en el negocio.

-Las DAOs de inversión no pueden considerarse sociedades mientras no haya explotación empresarial. Una eventual regulación que las califique como sociedades, asignándoles personalidad jurídica y limitación de responsabilidad de los miembros., modificaría el concepto de sociedad de la legislación actual.

PONENCIA:**1.-LAS “DAOS” U ORGANIZACIONES AUTÓNOMAS DESCENTRALIZADAS****i.-ORIGEN**

Hace varios años Buterin introdujo el concepto de las “decentralized organizations” (DOs), como una organización en la que los humanos participan de acuerdo con las reglas fijadas en un protocolo programado —como si fuera el Estatuto Social de una sociedad anónima o el Acta Constitutiva de una asociación civil—, ejecutables "a raja tabla" por una red de blockchain dada. Una DO puede controlar

activos digitales, o físicos, en la medida que su código le permita interactuar con tales activos⁶⁰⁶.

Buterin presentaba también el concepto de las DAOs, —decentralized autonomous organizations— como un término genérico que incluye a las DACs —decentralized autonomous corporations—, una especie de DAO. A diferencia de las DOs, las DAOs y las DACs son entidades que viven en Internet —específicamente, en la Web3—, en cierto grado "autónomas", y pueden incluso contratar a personas y colaboradores para que realicen las tareas no digitales (i.e. off-chain) que ellas no pueden (como abrir cuentas bancarias y pagar impuestos).

Así, las DAOs vendrían a emular a una fundación o asociación civil, entidades sin fines de lucro, aunque tengan un capital social digital, y estén facultadas por su código de programación para disponer de dicho capital en ciertas circunstancias, generalmente para retribuir o premiar conductas deseables. Incluso se debate si la blockchain de Bitcoin en sí misma fue la primera DAO de la historia.

Se caracteriza a la red de Bitcoin como poseedora de las características esenciales que describen a las DAO: la descentralización y la autonomía⁶⁰⁷.

Una de las primeras DAO surgió en 2016 con el nombre de "The DAO", se desarrolló en Ethereum por una empresa alemana diseñada para operar como un fondo de capital de riesgo descentralizado para aplicaciones descentralizadas (DApp). The DAO fue desarrollada bajo una plataforma de código abierto y tuvo gran impacto ya que consiguió financiar a través de un crowdfunding 12.7 millones de Ether (ETH) por valor de unos U\$S 150 millones. Al ser de código abierto (disponible para que todo el mundo pueda observar dicho código), se produjo lo que llamaremos una "copia" de la DAO por parte de un grupo de hackers, una DAO "bis" donde iban a parar todos los fondos. Este primer intento pudo ser revertido a tiempo⁶⁰⁸: provocó una bifurcación de las

⁶⁰⁶ Santamaría, María Milagros - Heredia Querro, Sebastián 'Organizaciones "autónomas" descentralizadas: ¿qué son y para qué sirven? Tratamiento legal y casos de uso', LA LEY 29/08/2022, 10, TR LALEY AR/DOC/2518/2022.

⁶⁰⁷ Dicen los autores en la nota anterior que el verdadero debate comienza cuando comenzamos a cuestionarnos qué tanto la red de Bitcoin cuenta justamente con esta gobernanza descentralizada y autónoma con respecto a su treasury. Mientras algunos niegan al titán como primera DAO en la historia, otros la justifican con las propuestas de mejora de Bitcoin (o BIP, aquellas propuestas de mejora de software que tienen tanta relevancia dentro de la blockchain de Bitcoin que podrían hacerla cambiar de manera significativa, como decidiendo por un hard fork, por ejemplo). Cualquiera que sea un minero puede intervenir activamente en el desarrollo del protocolo.

⁶⁰⁸ Goyenola Ripoll, Emma "Organizaciones descentralizadas: una mirada a la responsabilidad legal en la tecnología blockchain a través del caso "TheDAO", RCCyC 2023 (agosto), pag. 33, TR LA LEY AR/DOC/1548/2023.

recompensas y fue tomado como enseñanza para la programación de las DAOs que vendría mas tarde⁶⁰⁹.

ii-CONCEPTO Y CLASES:

Las DAOs constituyen una forma de organización autónoma conformada por un código informático y encriptado (protocolo), que relaciona a las partes (P2P) a través de contratos inteligentes operados bajo la tecnología blockchain. Permiten establecer reglas complejas de funcionamiento, administración y gobierno.

Pueden tener o no fin de lucro y distintos objetos específicos, incluyendo inversiones y reparto de dividendos.

Por ejemplo, puede hacerse una DAO para un objetivo de bien común como si fuera una asociación civil⁶¹⁰.

Carecen de una estructura centralizada o jerárquica de gestión y de toma de decisiones. Esto es, que no existen administradores, ni órganos de administración y gestión, sino que las decisiones son tomadas, en forma autónoma, con base en un protocolo que impone reglas algorítmicas preprogramadas y fijas que, en algunos casos, pueden admitir el voto de los inversores para conformar ciertas decisiones⁶¹¹.

En las DAO el poder no está concentrado en una figura dentro de la organización sino que es un sistema de gobernanza distribuido entre todos los usuarios mediante la titularidad de tokens de gobernanza.

Es así que pueden votar para ciertas decisiones de gestión como por ejemplo: modo de financiación, autoridades o proyectos de inversión, cambio de interfaz de usuario, cantidad y destino de las cuotas que se asignan, distribución de fondos para algún desarrollo específico, la hoja de ruta de los productos, el reclutamiento de desarrolladores⁶¹², lo que lleva a estar organizaciones a ser más democráticas.

⁶⁰⁹ Varea, Lautaro “¿Por qué debería importarme entender qué es una DAO?, ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO Libro de Ponencias https://drive.google.com/file/d/1frKps48jjFSYHoH-e2690b4_90yXD18x/view.

⁶¹⁰ Gravanago, Rosendo Martín “DAOs y asociaciones civiles”, ponencia a la XVI Jornada Nacional de Derecho Contable, Jujuy, Agosto 2023, organizada por el CPCE de Jujuy y el Instituto Autónomo de Derecho Contable, libro de ponencias, pag. 183 y stes; https://drive.google.com/file/d/15vZxmXr9al-sdIB8C_ynrONKrFmkGwkB/view?usp=sharing

⁶¹¹ Duprat, Diego A. J. “Las DAOs (Decentralized Autonomous Organizations) y el régimen societario”, LA LEY 17/08/2022, 1, TR LALEY AR/DOC/2403/2022

⁶¹² Gavilan, Ana Lulio, Fabris, Lorena y Gravanago, Rosendo Martín “Los desafíos profesionales de las DAOs”, Ponencia al XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO, ponencia a la XV Jornada

Son también accesibles ya que se puede ingresar sin tener que hacer grandes erogaciones y se lo puede hacer desde cualquier parte del mundo.

Las DAO aparecen como una alternativa a los procesos actuales de las organizaciones tradicionales que consumen mucho tiempo, son costosos y burocráticos. Esto es de especial valor para las comunidades que no tienen el acceso económico o las herramientas para organizarse de manera tradicional con igual facilidad, por lo que las DAO vinieron a optimizar la forma en que nos organizamos como comunidad en diferentes niveles.

Esta circunstancia genera la primera clasificación de las DAOs, entre las denominadas DAOs “algorítmicas” (aquellas con algoritmos fijos que no admiten modificaciones ulteriores por parte de los inversores) y las DAOs “participativas” o, simplemente, organizaciones descentralizadas (donde los protocolos permiten nuevas propuestas y la votación de ellas por parte de los titulares de tokens, o de alguna categoría de ellos).

iii.-RIESGOS SISTÉMICOS.

Una DAO se caracteriza, parcialmente, por estar formada por miembros, o token holders, con derechos a voz y/o voto (derechos de gobernanza). Cuando a los miembros se les permite tomar decisiones referidas a distintas áreas de gobernanza, como las del Treasury, es que la creatividad puede encontrarse con la mala fe de aquellos suficientemente rápidos.

Ya comentamos que en el caso “TheDAO” se planteó, ante una maniobra defraudatoria que aprovecho una inconsistencia del programa, de quien era la responsabilidad por la sustracción de las criptomonedas aportadas para inversiones. En ese caso pudo revertirse pero quedó el interrogante respecto de la responsabilidad del desarrollador y/o de los titulares de los tokens de gobernanza⁶¹³.

Posteriormente, los riesgos quedaron en evidencia por los ataques sufridos por distintas DEFI (Beanstalk, bZx, Origin, Value, xToken, PancakeBunny, etc.) con pérdidas de millones de dólares para los usuarios de las plataformas.

Existe, pues, un riesgo sistémico inherente a la dinámica de los ecosistemas creados, sea por riesgos en la arquitectura del código, o bien en la macro arquitectura funcional del mecanismo de consenso y el de “decision making process”⁶¹⁴.

⁶¹³ Goyenola Ripoll, Emma “Organizaciones descentralizadas: una mirada a la responsabilidad legal en la tecnología blockchain a través del caso “TheDAO”, op.cít.

⁶¹⁴ Heredia Querro, Sebastian, Bertoni, Martin y Santamaria, Milagros “Proof of Stake, Gobernanza Descentralizada y Ataques relámpago”, en Abogados.com.ar, 30-5-2022/30552.

En el caso de bZx se inició una demanda sosteniendo la responsabilidad solidaria de todos los miembros, fundadores y controlantes del protocolo de la DAO por considerarlos socios de una “general partnership”⁶¹⁵

En el caso, se admitió la procedencia formal de la demanda contra los miembros de la DAO rechazándose una excepción de falta de legitimación pasiva, sin que exista sentencia de fondo⁶¹⁶.

Más allá de como se resuelva en definitiva, la situación podría ser prevenida, al menos en parte, aplicando reglas de “compliance” al momento de establecerse la estructura y el diseño de sus componentes principales como lo son el White Paper, protocolos y Smart Contracts, principalmente cuando se trata de sistemas cripto⁶¹⁷.

2.-ENCUADRAMIENTO JURIDICO DE LAS DAOs de INVERSIÓN.

i.-DIVERSAS POSTURAS Y NUESTRA OPINIÓN.

En cuanto a la naturaleza jurídica de las DAOs, para algunos son meras estructuras organizacionales —o instrumentos tecnológicos— que vinculan inversores de todo el mundo para realizar negocios en activos digitales o llevar a cabo cualquier otra actividad.

Otros las asemejan a los contratos, en algunos casos a contratos de inversión y en otros a contratos asociativos.

Finalmente, están quienes sostienen que tienen similitudes con las sociedades, especialmente con las “general partnerships” del derecho norteamericano, similares a nuestras sociedades de hecho, anteriores al 2015, y a las actuales sociedades de la Sección IV de la ley 19.550⁶¹⁸.

Para defender esta última posición, se ha sostenido que las DAOs son estructuras destinadas a vincular personas para desarrollar negocios en común, donde hay aportes,

⁶¹⁵ Duprat, Diego A. J. • Las DAOs (Decentralized Autonomous Organizations) y el régimen societario • • LA LEY 17/08/2022 , 1 • TR LALEY AR/DOC/2403/2022

⁶¹⁶ Duprat, Diego A.J. “¿Mataron a las DAOs?. Las DAOs y su naturaleza societaria. Noticias sobre el fallo ‘Sarcuni v.bZx DAO’”, La Ley 10-7-2023, TR LA LEY AR/DOC/1543/2023.

⁶¹⁷ Bellotti, Natalia y Claudia “Desafíos profesionales del Compliance Officer en las DAOs”, ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO, ponencia a la XV Jornada Nacional de Derecho Contable, IADECO Libro de Ponencias https://drive.google.com/file/d/1frKps48jjFSYHoH-e2690b4_9OyXD18x/view.

⁶¹⁸ Forciniti, Juan Sebastián las califica como sociedades irregulares (Sección IV) en “Las DAOs como nuevo paradigma del comercio asociativo en la perspectiva jurídica argentina y española”, en Revista electrónica DECONOMI de la Facultad de Derecho de la UBA, año VI, nro. 19, Agosto 2023; <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/revista-deconomi/articulos/Ed-0019-N04-Juan-Sebastian-Forciniti.pdf>

hay mecanismos de toma de decisiones (aunque descentralizados y limitados o preestablecidos), un interés en obtener ganancias y, además, un riesgo compartido.

Por nuestra parte consideramos que, frente al derecho argentino, la existencia de una sociedad, en los términos de la ley 19.550, requeriría la explotación de una empresa en forma directa o indirecta (holding)⁶¹⁹.

Es que al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios⁶²⁰.

Sentado ello, habrá que analizar cuál es el objeto de la DAO en cuestión.

Es así que si se trata, como pasa en la mayoría de las veces, de un mero acuerdo para realizar distintas inversiones con monedas digitales en diversos negocios, no podrá ser considerada sociedad por falta de objeto empresario.

En dicho caso, habrá que ver si, por su estructura, la DAO es un mero acuerdo puntual de inversión o si, por el grado de participación de sus miembros, puede considerarse un contrato asociativo y, por ende, serle aplicables las reglas del art. 1442 y conc. del Código Civil y Comercial.

De tal suerte, no cabe atribuirles personalidad jurídica ni responsabilidad solidaria a sus miembros,

En el punto debe tenerse presente que en derecho argentino la frontera entre el contrato asociativo y la sociedad está dada por la explotación de una empresa⁶²¹.

A su vez, al existir un desarrollador que armó la plataforma, White Paper, protocolos y Smart Contracts, su actividad es la de un predisponente de condiciones generales, responsable por el daño sistémico, y los inversores usuarios tienen la

⁶¹⁹ Favier Dubois, E.M. (h) “La empresa en el nuevo Derecho Comercial. Importancia, delimitación e implicancias legales y fiscales”, La Ley, 2015-F (diario del 1-12-15, pag.1).

⁶²⁰ Ver Vítolo, Daniel R. “Reformas a la ley general de sociedades 19.550”, tomo I, Bs.As-Santa Fe, Ed. Rubinzan Culzoni, 2015, pag. 51; Conf. la exigencia del art.324 de la RG 7/15 de la I.G.J. de que los bienes aparezcan afectados al objeto social bajo apercibimiento de iniciar acciones de inoponibilidad. Ver del autor “Reglamentación parcial del Código unificado y definiciones sobre incertidumbres societarias: la resolución general (IGJ) y/2015, en “Nuevas normas de la Inspección General de Justicia RG (IGJ) 7/2015, Ed., Coord. Marcelo Perciavalle, Ed. Erreius, Bs.As., 2015, pag.47 cap.XXVIII.

⁶²¹ Favier Dubois, E.M. “Dos fronteras para las sociedades residuales: contratos asociativos y obligaciones contables”, en la obra colectiva “Las Sociedades de la Sección IV en la Ley General de Sociedades Ley 10.550”, Ed. Instituto Argentino de Derecho Comercial, Ediciones D&D, Buenos Aires, 2017, pag. 131

condición de adherentes (art. 984 y conc. CCCN), con responsabilidad mancomunada (art. 1467 CCCN) en la medida de sus decisiones mediante los tokens de gobernanza.

ii.-LAS PROPUESTAS DE REGULACIÓN SOCIETARIA.

Diversa es la cuestión de la conveniencia o no de otorgarles personería jurídica mediante una ley especial.

Hay dos razones principales por las que una estructura legal podría ser necesaria para una DAO:

(1) la necesidad de ejecutar operaciones off-chain, para por ejemplo abrir una cuenta bancaria, firmar contratos, ser propietaria de activos registrables y propiedad intelectual, declarar y pagar impuestos, contratar personas, y/o interactuar con otras personas/instituciones que existen fuera de la Web3; y

(2) la necesidad de limitar la responsabilidad para sus miembros, para evitar ser considerada una sociedad de personas, o de hecho, o general partnership y consecuentemente correr el riesgo de responsabilidad solidaria.

Las DAO necesitan reducir, mitigar y/o asignar riesgos y sus miembros quieren, en lo posible, evitar que todo su patrimonio se vea afectado directamente y a título personal.

Algunos países y jurisdicciones han creado figuras jurídicas con personalidad diferenciada que permiten servir de envoltorio a las DAOs: EE.UU (Wyoming, Delaware, Vermont”, Islas Marshall, Malta, Liechtenstein, Suiza, Islas Caiman e Islas Vírgenes Británicas, con diversas modalidades y, en algunos casos, sin personas humanas como miembros lo que también replantea la cuestión del conferimiento de la personalidad jurídica a entidades desprovistas de personas humanas⁶²².

En Francia, un informe a la Asamblea General de junio 2022⁶²³ postula reconocer a las DAOs como entidades “digitales”, y ciertas medidas como que se conozca la identidad de los principales titulares de los tokens de gobernanza, la exigencia de auditorías periódicas para evitar incumplimientos del protocolo y proteger al máximo los intereses de los usuarios.

Por nuestra parte, consideramos que crear un tipo societario para las DAOs implicaría una necesaria redefinición del concepto de sociedad en nuestro derecho que,

⁶²² Santamaría, María Milagros y Heredia Querro, Sebastián: ‘Organizaciones “autónomas” descentralizadas: ¿qué son y para qué sirven? Tratamiento legal y casos de uso’; LA LEY 29/08/2022 , 10; TR LALEY AR/DOC/2518/2022

⁶²³ Meoni, Irene “DAO en Francia: situación actual” citando el informe del diputado Pierre Person, ponencia a la XVI Jornada Nacional de Derecho Contable, Jujuy, Agosto 2023, organizada por el CPCE de Jujuy y el Instituto Autónomo de Derecho Contable, libro de ponencias, pag. 156 y stes; https://drive.google.com/file/d/15vZxmXr9aI-sdIB8C_ynr0NKrFmkGwKB/view?usp=sharing

hasta ahora, va indisolublemente unido al concepto de empresa, que es la que justifica la regulación especial⁶²⁴.

3.-CONCLUSIONES:

A título de propuestas provisorias, sujetas al juego de la dialéctica, formulamos las siguientes conclusiones:

1.-Las DAOs con objeto de inversión no son sociedades sino contratos asociativos y de adhesión sujetos a condiciones generales impuestas por el desarrollador.

2.-A pesar de tratarse de una plataforma descentralizada, el desarrollador no es ajeno al contrato sino que reúne el carácter de predisponente y de principal, debiendo asumir las responsabilidades por los riesgos sistémicos.

3.-Los inversores asumen el carácter de adherentes y, en principio, no tienen responsabilidad alguna por riesgos sistémicos.

4.-En caso de responsabilidad por decisiones tomadas por los tokens de gobernanza, la misma es mancomunada y según la porción de cada uno en el negocio.

5.-Las DAOs de inversión no pueden considerarse sociedades mientras no haya explotación empresarial.

6.-Una eventual regulación nacional que las califique como sociedades, asignándoles personalidad jurídica y limitación de responsabilidad de los miembros, modificaría el concepto de sociedad de la legislación actual.

⁶²⁴Una variante propuesta para darles cobertura legal sería la del fideicomiso. Al respecto alguna doctrina especializada así lo postula en base a la autonomía de la voluntad y al modelo del DYDX de las Islas del Canal respecto del Trust Santamaria, Gilberto Leon y Santamaría, María Milagros “Fideicomiso, Blockchain, tokenización de participaciones y DAOs. Su viabilidad como vehículo jurídico en Latinoamérica (Being Tokenized)”, TR LA LEY AR/DOC/3594/2022.

**LA AGENDA DEL DERECHO COMERCIAL SOBRE TECNOLOGÍA –
PARTE 2
FERRO, Carolina**

Sumario: *Es fundamental para el desarrollo de nuestro país acompañar el progreso tecnológico, los ámbitos del derecho no pueden ser ajenos a esta necesidad. Una de las formas de hacerlo es mediante la utilización o incorporación de aquellas herramientas que puedan brindarnos alternativas o soluciones útiles. A continuación algunas propuestas.*

1. Desarrollo:

En esta oportunidad analizaré sucintamente qué incidencia tiene (o a mi criterio debería tener) la tecnología sobre el derecho societario.

Para ello voy a volver al planteo dicotómico entre regulación o utilización de las herramientas de la tecnología que introduje en el trabajo presentado para la comisión III de estas Jornadas relativo a la “*Agenda sobre tecnología para los operadores del derecho comercial – Parte I (filosofía del derecho comercial)*”. Y también a resaltar la circunstancia de que en el ámbito de la tecnología se debate fuertemente (en líneas generales o transversales) entre dos posturas, una favorable a la regulación y otra en contra.

Partiendo de esas dos ideas como premisas (regular o utilizar como herramienta la tecnología, y regular o no regular), tomaré como ejemplo, a fin de exponer el punto de vista que planteo, las organizaciones autónomas descentralizadas (DAOs).

Estos organismos han nacido fuera del sistema burocrático y pretenden permanecer fuera de sus alcances, para evitar justamente las dilaciones y las formalidades del mundo físico.

Siendo este el germen del fenómeno, parecería que la regulación de estas entidades sólo podría provocar nuevamente el traslado de esas comunidades a nuevas figuras fuera de sistema.

Por otra parte, también es cierto que como en las operaciones que mediante estas organizaciones se concretan, circulan valores o dinero, ante determinadas circunstancias los involucrados a la postre quieren algo de cobertura legal y eso es sinónimo de regulación. Pues si bien estas organizaciones pretenden evitar la burocracia no pretenden estar fuera de la ley ni

necesariamente evitan ser reguladas⁶²⁵. Si la postura a adoptar fuera la de su regulación, claramente hay un desafío en términos de jurisdicciones y controles.

Sin embargo, en relación con este tema y el funcionamiento de estas organizaciones la propuesta es generar un sistema de derecho societario (una regulación) que permita incorporar a las sociedades, o a algún tipo de ellas, las herramientas que se utilizan en el funcionamiento de las DAOs. Así por ejemplo la blockchain, los contratos inteligentes (o autoejecutables) pueden ser herramientas que permitan lograr un funcionamiento más eficiente de las sociedades, pero tal vez no necesariamente regularlas como un sujeto de derecho diferenciado (sólo regular las DAOs).

Esto me habilita a explicar que la “cadena de bloques” (respecto de la cual producida la causa le sigue su consecuencia, en términos analógicos) enlazada por un proceso tecnológico nos permitiría alcanzar una serie de soluciones que las sociedades hace décadas demandan. A continuación, algunas propuestas:

2. El añorado Registro Único:

Tomando como hipótesis de trabajo que el registro público ejerce un control formal de legalidad, de la mano de la tecnología es finalmente posible en contar con un registro único (o tal vez algo superador).

En efecto, la cadena de bloques permite que una comunidad (en este caso serían los registros) por los medios que se establezcan para su funcionamiento envíen y reciban información que cada usuario (se llaman nodos, para nosotros acá los registros) verifique o compruebe. Sumando en cada supuesto (mediante un hash o huella digital que permite la identificación de los datos y de los usuarios) la información que corresponda tener de ese sujeto.

Con la implementación de un mecanismo de estas características, cada registro local podía cargar la información de la sociedad, emitir un carnet (que en tecnología se llama billetera) y sobre esta base de blockchain cada registro mantener a disposición la información que

⁶²⁵ Mar 22 / [DAOs Should Embrace Regulation Not Fear It - The Defiant](#), Jun 22 / [Starting a DAO in the USA? Steer Clear of DAO Legislation - The Defiant](#); Junio 22 / [US crypto regulation bill aims to bring greater clarity to DAOs \(cointelegraph.com\)](#); Sep 22 / [A Primer on DAOs \(harvard.edu\)](#); Jul 22 / [Should blockchain's decentralised autonomous organisations be regulated or unregulated? - Lexology](#); Nov 22 / [How Should DAOs be Regulated? A New Perspective on Decentralization by Henrik Axelsen, Omri Ross :: SSRN / \(PDF\) How should DAOs be regulated? \(researchgate.net\)](#); Nov 22 / [2023: The Year DAOs Follow the Law? \(yahoo.com\)](#); Jun 23 / [The Best Entities and Countries for DAO Registration in 2023 \(legalnodes.com\)](#)

corresponda introducir al sistema y hacer pública, lo cual permitiría que sea verificado en forma simultánea en todos los demás registros, que por otra parte podrán introducir la información del desempeño de la sociedad en cada jurisdicción. De este modo además cada sociedad contaría con su “carnet” y todas sus constancias de inscripción a nivel local y que es válido en cualquier otra jurisdicción.

La información podría ser clasificada según diferentes niveles de confidencialidad o publicidad según el uso, y cada uno de los nodos (registros locales) dispondría de la misma información sobre cada uno de sus usuarios (sociedades).

Es cierto que en el marco de las VII Jornadas Nacionales de SAS desarrolladas en Termas de Río Hondo los días 1 y 2 de junio de 2023 se expuso un informe sobre la imposibilidad de llevar adelante un registro único de sociedades por las diferencias tecnológicas entre los distintos registros, sin embargo ello queda librado a la voluntad de asignar fondos con tal destino, que simplificaría y daría trazabilidad al funcionamiento de nuestras sociedades.

Para desvirtuar la idea de la imposibilidad de instrumentar un sistema de estas características, cabe señalar que existe un plan sobre la “identidad soberana”⁶²⁶ en el que se está trabajando, que promueve precisamente la identidad soberana y que funciona (corre) sobre sistema bolckchain, y que consiste en la posibilidad que a nivel local y a nivel federal se pueda generar la identidad de cada ciudadano, donde cada jurisdicción cuente con un “registro” local que se contacte con los registros locales de cada una de las restantes jurisdicciones a nivel federal. Claramente la existencia de este proyecto (que contempla integrar a toda la población) desvirtúa esa idea de imposibilidad de contar con un Registro único societario y/o Concursal.

Por supuesto para ello necesitaríamos lograr un consenso sobre qué tipo de registro pretendemos tener, va de suyo que esta propuesta, como lo expuse al inicio contempla la existencia de registros de control formal.

Nótese que ya existen registros (Afip/Anses/Etc) que procesan nuestra información, es decir que la identidad única de cada sujeto no prevé crear nuevos registros, sino consumirlos y ponerlos a disposición cuando corresponda, a través de una billetera y que al mismo tiempo, se pueda cotejar en tiempo real la validez de la información, desde otras entidades utilizando la billetera (y el protocolo) como intermediario.

⁶²⁶ [Noticias en prensa: QuarkID: el protocolo de identidad digital que empezará a regir en la Ciudad | Perfil](#)

[15-11-2022: Buenos Aires estrena nuevo sistema de identificación basado en Blockchain: QuarkID \(cryptonews.net\) diariobitcoin.com29 Septiembre 2023 06:43; https://extrimian.io/resources/blog/quarkid-and-zksync/](#)

La idea es que de la misma manera que se puede emitir / acreditar la identidad de una persona física, se podría hacer con una persona jurídica, desde cada registro de cada jurisdicción, se podría generar la credencial a cada una de las personas autorizadas para representar a una sociedad (y mantener o revocar de manera centralizada dicha credencial). Para ello, cada persona (representante legal), debería tener implementada la billetera e indicarle a su registro (su "identificador") los datos de la billetera personal, para que luego pueda recibir/asociar la credencial de la sociedad. Por otro lado, en otra provincia, una persona representante de la empresa, que necesite acreditar a la persona jurídica, por un lado se acredita como persona física y luego acredita a la sociedad (con toda la información que el registro de origen tenga a disposición) y con los elementos necesarios que considere que tienen que viajar / mostrarse, evitándose de esa forma llevar documentación física o requerir revalidaciones/certificaciones/etc., bajo la premisa de que el solicitante, se estaría contactando con el emisor, para validar la credencial por un lado (y la información asociada) y por el otro que dicha credencial no haya sido revocada.

Bajo esta premisa en realidad no se propone la creación de un nuevo registro único, sino que todos los registros puedan ser contactados/conectados/consumidos, adaptando en tecnología los que existen, y sí contando con una base única común.

3. Registros digitales ¿para quienes?

Desde el inicio de la vigencia de la Ley 27.349 mucho se ha debatido sobre los registros digitales. Transcurridos 6 años desde entonces, pocas dudas deberían seguir existiendo sobre la dificultad mayor que presenta su alteración con relación a los registros papel; y que la obligación de su temporaneidad es posible (no así con los registros físicos) pues el código que se obtiene de cada registro evidencia la fecha en que ese registro es generado, es decir que algunas de las dudas sobre su posibilidad de ser fraguados o alterados deberían haberse esfumado.

Ahora bien, es comprensible que esta herramienta haya sido incorporada sólo en relación con las sociedades por acciones simplificadas, pues dichas personas jurídicas han sido pensadas para el desarrollo de negocios y basadas precisamente en un financiamiento que viniera de la mano de las plataformas y la tecnología. Sin embargo, en mi opinión deben ser precisamente las sociedades de mayor envergadura (las sociedades anónimas) las que tengan esta exigencia, y hasta podríamos relevar a las SAS de llevar los registros de este modo o mantenerlo solo como una opción posible.

La digitalización de los registros facilitaría la trazabilidad de las operaciones, evitaría problemas como la tardía contabilización de las operaciones, y los tan modernos conflictos sobre registros de accionistas.

4. Reducción de materia litigiosa

Sin perjuicio de las dificultades que han trascendido sobre algunas organizaciones descentralizadas, quiero poner de resalto que ciertos mecanismos que estas utilizan, para poder auto regularse de modo descentralizado, podrían ser útilmente aplicables a las sociedades.

En efecto, concertar un contrato de sociedad soportado en la ya referida cadena de bloques por medio del cual el criterio en la toma de decisiones se adopte al suscribirse dicho contrato, haría que esas decisiones puedan auto ejecutarse, y al mismo tiempo cada una de las partes de antemano establecer o conocer las condiciones en las que va a participar de ese contrato de sociedad.

Veamos, un contrato de sociedad en el cual se establezca que durante los tres primeros años no se distribuirán utilidades, salvo que se alcance cierta rentabilidad, y que prevea los porcentajes de distribución para cada ejercicio conforme a pautas pre establecidas en el contrato social. Un contrato en el cual se fije una fórmula para determinar el valor de salida de cada participante de la sociedad, de acuerdo a determinados parámetros también pre fijados,

Así, la autonomía de la voluntad alcanzaría su máximo esplendor al momento de la constitución de la sociedad, y luego sus nuevos accionistas, socios o participantes se incorporarán adhiriendo a ese contrato auto ejecutable original. Contrato que por otra parte deberá prever las pautas – seguramente muy rigurosas – para su modificación.

Obviamente este funcionamiento presentará nuevos desafíos a nuestro derecho, como por ejemplo si en la cadena puede surgir un ejercicio abusivo o cláusulas que durante su ejercicio puedan volverse abusivas, y cómo lo resolveremos. Pero claramente y en el corto plazo sería una forma de intentar reducir la conflictividad.

También es momento de incorporar la posibilidad de la toma de decisiones mediante tokens de gobernanza, mediante los cuales cada titular de un token se hace responsable de su utilización, y a los efectos de la toma de decisiones votará digitalmente hasta cierto día y hora siendo ajeno al funcionamiento societario todo aquello que exceda de esa manifestación de voluntad ejercida de modo digital.

Si bien su utilización se hizo popular por las ya mencionadas organizaciones descentralizadas, donde los integrantes del grupo tienen un plazo determinado para emitir su voto en una plataforma, dichos tokens brindan una herramienta de simplificación de toma de decisiones, transparencia en el proceso de la toma de decisión (posibilidad de su seguimiento), que podría incorporarse en cualquier organización.

En definitiva, lo que resulta evidente de esta reseña es que es imprescindible contar con una legislación que regule las sociedades de modo más amplio, en el sentido de permitir la incorporación más simple de todas las herramientas de la tecnología en los distintos órganos de la sociedad y para facilitar su funcionamiento.

Crear que modernizamos el régimen societario porque incorporamos la posibilidad de las reuniones a distancia está lejos de la realidad.

5. Admitir el fracaso como resultado posible. Pensar regímenes de responsabilidad diferenciados.

A esta altura entiendo pertinente poner de resalto el cambio que importa la nueva forma de hacer negocios y transacciones, relacionado puntualmente al mundo de la tecnología, porque creo que lo primero que debemos comprender los operadores del derecho a nivel nacional es que la tecnología huye de los formatos tradicionales. En algunos casos será con malas intenciones, en muchos casos es porque refractan la burocracia, los tiempos y las instituciones formales (hoy el mundo gira rápido).

Asentada esta idea, el desafío para el derecho societario es encontrar las formas para acoger esa nueva realidad, y no intentar adaptarla a los formatos conocidos.

En dicho marco me parece importante destacar que esta forma de hacer negocios busca herramientas jurídicas simples que permiten “*fallar rápido y fallar barato*” (por antipática que nos pueda resultar esta idea, es así).

De este modo lo que se pretende de las start up es que en un plazo de dos años evidencien su horizonte, y que esa evidencia les permita a sus creadores e inversores saber si van a evolucionar a un modelo de negocio cada vez más robusto o simplemente ese negocio ha fracasado. Partiendo de esa premisa, cabrá preguntarse si no tenemos que hacer un cambio importante en la mentalidad para poder analizar que la mayoría de estos negocios fracasan, y que no vamos a poder pensar en términos de una responsabilidad tradicional para esos fracasos. A estas startups no les podremos aplicar el régimen de los arts. 54, 58, 59 de la LGS, ni tampoco los arts. 173 o 161 y siguientes de la ley concursal, pues son un “modelo de negocio no validado”, y el éxito en estos negocios es la excepción.

Entonces tenemos que incluir en nuestra agenda hacer esa división de aguas, para pensar regímenes diferentes para distintos tipos de sociedades (o herramientas jurídicas que brinden solución al contexto que el mundo de los negocios hoy plantea).

6. Conclusión

Esta realidad debería obligar a repensar el derecho societario nacional con una perspectiva actual, relacionada a la tecnología desde dos matices posibles, por una parte generando una legislación amigable que integre este escenario, y además tratando de utilizar sus herramientas para crear soluciones que hasta ahora el derecho societario como lo conocemos no ha sabido brindar. No es tiempo de un avance progresivo, pues el atraso en la actualización de

nuestro derecho societario es evidente, de tal suerte se torna de aplicación la idea del “*crecimiento asimétrico*”, es decir saltarse etapas y para llegar igual, en este caso a obtener un derecho actual e innovador.

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LOS ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN. HACIA LA PERSONALIDAD ELECTRÓNICA

NETRI, Federico Guillermo

Sumario

La inteligencia artificial puede actuar en forma autónoma y autosuficiente, con independencia de la voluntad humana.

¿Llegó el momento en que el derecho ordene la inteligencia artificial como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones?

¿Quién no puede imaginarse, que en el futuro, muchas empresas sean dirigidas por la inteligencia artificial?

La ficción se vuelve cada vez más real y el derecho como ordenador social debe estar a la altura de las circunstancias.

La voluntad no es un elemento esencial de la existencia del derecho, sino su actuación. Otorgarle personalidad a la inteligencia artificial le asigna una serie de atribuciones (nombre, domicilio, capacidad, patrimonio) que brindan seguridad jurídica en la comunidad –nacional y trasnacional-.

En un futuro no tal lejano se nos va a presentar situaciones en donde sea factible que un ente social pueda ser administrado por un robot, pero consideramos que no es viable que éste lo haga sino es en beneficio de uno o varios humanos que son los últimos beneficiarios de tal actividad. Para esto debería reformarse las actuales legislaciones societarias.

I. Introducción

La idea de persona moral aparece por primera vez delineada cuando las ciudades vencidas por Roma (*Reipublicae* o *Municipia*) resultan por razón de la derrota privadas de su soberanía y reducidas al “*ius singolorum*” o derecho de los particulares, para la gestión de los bienes que les quedaban. De ese modo se admitió la existencia de un ente colectivo que actuaba en el derecho a la par de los ciudadanos, usando las formas propias

del comercio jurídico y compareciendo ante los jueces de acuerdo a las reglas del procedimiento.⁶²⁷

El comercio ha ido evolucionando a lo largo de la historia, primero el derecho estaba centrado en la persona física o humana. Luego, cuando las personas físicas comenzaron a unirse y ejercer el comercio de forma organizada. Allí se empiezan a desarrollar las teorías de la personalidad jurídica (teoría de la ficción, de la realidad, etc.). Sin embargo, actualmente nos enfrentamos a que las relaciones intrapersonales presentan un contexto fáctico muy distinto de lo que acontecía hace una o más décadas. La tecnología y la informática llegaron para quedarse y para transformar diametralmente la vida en sociedad.⁶²⁸

La inteligencia artificial puede actuar en forma autónoma y autosuficiente, con independencia de la voluntad humana.

¿Llegó el momento en que el derecho ordene la inteligencia artificial como ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones?

¿Quién no puede imaginarse, que en el futuro, muchas empresas sean dirigidas por la inteligencia artificial?

La ficción se vuelve cada vez más real y el derecho como ordenador social debe estar a la altura de las circunstancias.

II. La personalidad electrónica

La voluntad no es un elemento esencial de la existencia del derecho sino su actuación; muchas veces se adquiere un derecho, independientemente de la voluntad y de la ciencia del investido, es una facultad que emana del orden jurídico para protección de los intereses humanos, pero no es un refuerzo del querer individual.⁶²⁹

Consideramos que en el futuro es probable que existan cada vez más personas jurídicas que sean administradas por robots o inteligencia artificial, realidad que ya tiene antecedentes en Hong Kong, Japón⁶³⁰, fenómeno que sigue creciendo a ritmos exponenciales.

Por eso, no es descabellado pensar en un sistema jurídico que contemple al robot o a la inteligencia artificial como persona electrónica, titular de derechos y obligaciones.

⁶²⁷ Conf. LLAMBIAS, Jorge Joaquín; "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Tomo II; Editorial Perrot, año 1973, pág. 9.

⁶²⁸ Véase BIELLI, Gastón E., ORDÓÑEZ, Carlos J. y QUADRI, Gabriel H.; "Zoom y prueba líquida"; Suplemento La Ley; miércoles 3 de junio de 2020.

⁶²⁹ Ferrara, F., op. Cit., p. 138, texto nota 1. Citado por LLAMBIAS, Jorge Joaquín; "Tratado de Derecho Civil – Parte General", Tomo II; Editorial Perrot, año 1973, pág. 14.

⁶³⁰ <https://www.fayerwayer.com/2014/05/robot-miembro-directivo-empresa-japon/> (Disponible en Internet el 30/08/2023)

La personalidad le asigna una serie de atribuciones (nombre, domicilio, capacidad, patrimonio) que brindan seguridad jurídica en la comunidad –nacional y trasnacional-. Asimismo, toda obligación implica una responsabilidad, lo cual impone señalar el marco de responsabilidad de la inteligencia artificial.

A los fines de poder realizar una regulación seria sobre la inteligencia artificial, no solo debe considerarse la personalidad electrónica en los ordenamientos jurídicos, con los atributos y responsabilidades que la personalidad conlleva, sino que también debe instrumentarse un sistema que permita la registración de la Inteligencia Artificial.

Es decir, cada vez que una persona humana o una institución crean o realicen un robot con inteligencia artificial, deben registrarse en un Registro de Inteligencia Artificial correspondiente a su país, donde se le asignará:

- a) un nombre que lo identifique;
- b) un representante humano o jurídico que sea reconocido como su creador;
- c) se informe de forma detalla y pormenorizada la capacidad objeto de ese robot con inteligencia artificial.
- d) un domicilio especial que sirva de domicilio para las notificaciones legales.

Los Registros deberán contar con personal experto en cuestiones relativas a la Inteligencia Artificial. Éstos deberán hacer un análisis para verificar si ese robot o proceso mecanizado, que se crea con dicha inteligencia y se pretende poner en funcionamiento, reúne elementos seguros y requisitos de legalidad para poder funcionar.

También es muy importante que se efectúen directrices globales en los organismos internacionales para que establezcan los principios y estándares que deben valorar los Registros de Inteligencia Artificial, dado que su funcionamiento repercute a toda la humanidad. De lo contrario, podríamos incurrir en una anarquía funcional, donde los creadores de estos sistemas elijan jurisdicciones con criterios ampliamente permisivos para sus registraciones.

La ley argentina nos dice que son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina).

En un primer momento, es posible que la persona electrónica, conforme el derecho vigente, por ejemplo en Argentina, quede contextualizada como una especie dentro del concepto de persona jurídica. No obstante, esto en términos prácticos sería insuficiente porque sería inviable que la persona electrónica responda por sí misma ante un supuesto de daño o perjuicio. En tal caso, respondería, conforme nuestro sistema de responsabilidad civil, la persona jurídica o humana por la responsabilidad objetiva.

Por tanto, perdería relevancia práctica elaborar una nueva concepción jurídica de la personalidad electrónica sin responsabilidades para el robot o proceso automatizado, sin perjuicio que sería más propicio que la situación actual.

¿Qué pasa si un robot o la inteligencia artificial se utiliza con fines ilícitos?, ¿qué sucede si ocasionan perjuicios?, ¿es suficiente hacer responsable únicamente a su titular

o guardián?, ¿quién es el titular o guardián?, ¿responde una persona humana o jurídica mientras la inteligencia artificial continúa operando o ejerciendo actividades de manera autónoma?, ¿es suficiente la acción preventiva en esta temática?, ¿Quién es legitimado pasivo?

Por ejemplo, otra de las cuestiones que se plantean es el hipotético caso de que un robot destinado a la seguridad fuera capaz de tomar sus propias decisiones y optara por disparar a una persona. En este caso, ¿cuáles serían las alternativas antes de imputar al robot? ¿Quién es el responsable? ¿El fabricante, la empresa de seguridad propietaria del robot, el propio robot? Muchos dilemas y pocas respuestas.

Por su parte, el informe *Robolaw* plantea dotar a los robots de personalidad electrónica cuando sean autónomos, una especie de responsabilidad de hecho a esos robots capaces de aprender por sí mismos y de tomar decisiones, en consecuencia se propone dividir la responsabilidad en personalidad mecánica o personalidad robótica y, al tener ciertas capacidades, se podría juzgar a ese robot y, en caso extremo, destruirlo.⁶³¹

En el anexo de la comunicación de la Comisión Europea “Inteligencia Artificial para Europa”, titulado: *Liability for emerging digital technologies*, “el documento hace una disquisición de los casos en los cuales el daño podría haberse evitado o no y, en el primer supuesto (pudo haberse evitado), exonerar de responsabilidad. En otras palabras, propone que el propietario o titular de un robot podría evitar la responsabilidad civil si, por ejemplo, hubiera usado y mantenido el robot correctamente, respetando las instrucciones de los productores y actualizando el software cuando sea necesario. Sin embargo, como se explicó anteriormente, estas tecnologías podrían de todos modos llevar a cabo un comportamiento autónomo y causar daños. El daño puede ocurrir incluso si el uso y el mantenimiento del robot son impecables. Teniendo en cuenta el aspecto de la autonomía, esto plantearía la cuestión de qué acciones podría tener una persona responsable para evitar el daño causado por el comportamiento autónomo de las tecnologías emergentes.”⁶³²

De estos nuevos riesgos surge la necesidad de elaborar una novedosa dogmática jurídica en materia de responsabilidad civil basada en el funcionalismo.

Una posible solución a la complejidad de la asignación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por robots cada vez más autónomos, podría ser el

⁶³¹ ASOREY, Rubén; “La inteligencia artificial en el Derecho”; LEGALTECH II. El Derecho ante la Tecnología; Directores: Gastón E. Bielli Santiago J. Mora Diego Fernández; Editorial Thomson Reuters La Ley; suplemento de octubre de 2019, pág. 90 y 91.

⁶³² DANESI, Cecilia C.; “Inteligencia artificial y responsabilidad civil: un enfoque en materia de vehículos autónomos”; “#legaltech El Derecho ante la Tecnología”; suplemento especial noviembre de 2018; pág. 42.

establecimiento de un régimen de seguro obligatorio, como ya se aplica, por ejemplo, en el caso de los automóviles.⁶³³

Algunas “penas” o “sanciones” podrían ser la suspensión de la actuación de la inteligencia artificial por un tiempo determinado a los efectos de reparar la naturaleza riesgosa, la colocación de la persona electrónica bajo supervisión técnica judicial; la confiscación del robot –para lo cual debe regularse con mucha precaución para evitar abusos del estado afectando el derecho de propiedad sobre particulares-; y la destrucción de los algoritmos que la componen o desconexión absoluta; con la inhabilitación perpetua de volver a operar en la sociedad.

III. ¿Podrá una persona electrónica integrar el órgano de administración de una sociedad?

En el ámbito societario, se ha dicho que una *Limited Liability Company* pueda actuar a través de un robot y el socio se desvincule de ella para que sea el robot quien ejecute acciones administrativas, tal como ha sido desarrollado por autores como Shawn Bayern.⁶³⁴

En un futuro no tal lejano se nos va a presentar situaciones en donde sea factible que un ente social pueda ser administrado por un robot, pero consideramos que no es viable que éste lo haga sino es en beneficio de uno o varios humanos que son los últimos beneficiarios de tal actividad. Para esto debería reformarse las actuales legislaciones societarias. En nuestro país, hoy en día, el cargo de director es personal e indelegable.

En Argentina, una persona jurídica solo puede estar integrada en el órgano de administración por personas humanas, siendo la composición interna del órgano *intuitu personae* por el carácter personal e indelegable del cargo (conforme art. 266 de la Ley General de Sociedades).⁶³⁵

⁶³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)). Normas de Derecho civil sobre robótica. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>

⁶³⁴ Conf. SALVOCHEA, Ramiro; “Ciencia ficción societaria: la admisión de una persona jurídica sintética”; publicado en el libro “Hacia un Nuevo Derecho Societario: XIV Congreso Argentino de Derecho Societario - X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, Tomo I, 1° ed. – Advocatus, año 2019

⁶³⁵ Se ha discutido en doctrina respecto a la posibilidad de que una persona jurídica pueda resultar integrante de un órgano de administración en una sociedad anónima. Conf. VERON, Alberto Victor; “Sociedades Comerciales – Ley 19.550 comentada, anotada y concordada”, T. 3, segunda edición; Editorial Astrea; año 2007, pág. 149; ha señalado “cabe agregar aquí un meduloso fallo que tocó tangencialmente el tema al declarar que, en el supuesto de ser director una persona jurídica, el sentido de su voto vendrá normalmente predispuesto por los que sus propios órganos hayan

A nuestro criterio, en determinados negocios podría ser muy ventajoso para la sociedad que el directorio o la gerencia puedan estar conformados por una persona electrónica, tal como sucede en las localidades referidas anteriormente. Más, teniendo en cuenta el crecimiento en los últimos años de las empresas vinculadas a las tecnologías, software y servicios digitales, siendo actualmente muchas de esas empresas las que más recaudan a nivel mundial.

Empero, en la actualidad, al no haberse elaborado una dogmática criteriosa al efecto que brinde seguridad jurídica, ninguna persona electrónica podría integrar un órgano de administración de una persona jurídica.

IV. Conclusión

Los temas abordados en el presente trabajo, a nuestro juicio, son de enorme implicancia práctica en los tiempos venideros: la incorporación de la inteligencia artificial como persona electrónica, como ente susceptible para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Son temas desafiantes para regular en los ordenamientos jurídicos. No es óbice pensar que en un futuro –no tan lejano-, por ejemplo, un robot con inteligencia artificial sea administrador de una persona jurídica.

La finalidad de regular a la persona electrónica es brindar seguridad jurídica para que pueda integrar, por ejemplo, un órgano de administración en una sociedad, pudiente recabar información relevante de los mercados, tomar decisiones y ejecutar actos.

deliberado, y al aceptar la interpretación que veda el acceso de las personas jurídicas al directorio, ella se hará presente en el órgano de administración mediante una persona de su absoluta confianza. Tal problemática adquiere sus más ricas implicancias en los grupos de sociedades, las sociedades controladas, las filiales comunes. Esas situaciones de control que se proyectan en el ámbito de la administración no son tratadas en nuestro derecho positivo con el reproche que merecerían si se las considera desquiciadoras del organismo societario; ello sin perjuicio de ciertos efectos singulares especialmente disciplinados. (CNCom, Sala C, 22/9/1982, LL, 1983-B-257, y JA, 1982-II-644)”

REGISTRACIONES CONTABLES Y SOCIETARIAS POR SISTEMAS NO CONVENCIONALES

ORQUERA, Juan Pablo

Sumario: El creciente volumen de operaciones de los mercados, se ha convertido en una constante en el desarrollo del tráfico, los operadores deben registrar y exponer la información en forma tal que cumpla con objetivos, tales como: i) una base uniforme del que resulte un "*cuadro verídico*" de las actividades y de los actos con efecto patrimonial que deben registrarse; ii) permitir la individualización de las operaciones celebradas y de las cuentas acreedoras y deudoras, como también los bienes propios y de terceros en poder del empresario; iii) también debe permitir al cierre de cada ejercicio económico anual la determinación de: a) la situación patrimonial del interesado; b) la evolución de esa situación patrimonial; c) los resultados de la actividad desarrollada (ganancias y pérdidas), y por otra parte, como ya dijéramos, d) los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva; e) la documentación debe archivar en forma metódica y conservarse por 10 años. Y para cumplir con estos objetivos se deben cumplir con una serie de requisitos y trámites imprescindibles como: i) llevar registros imprescindibles: Libros Diario, Inventarios y Balance y todos aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar; ii) teniendo prohibido alterar el orden de los asientos que deben ser llevados cronológicamente; dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones; alterar de cualquier modo ese orden, interlineando, raspando, emendando o tachando, porque todas las equivocaciones y omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error; mutilar o alterar parte alguna del registro; en suma, cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones. Y vemos que los procedimientos establecidos en el régimen general del CCC o de los sub-sistemas de la LGS, CNV y de la LACE adolecen de una rigidez que sólo puede salvarse haciendo un especial esfuerzo de interpretación. Por otro lado, el uso de estos dispositivos y procedimientos, cuestiona la norma del art. 325, CCC, porque las registraciones ya no estarán físicamente en un lugar determinado, como es el domicilio del interesado, sino que se podrá acceder a la información que contienen desde cualquier dispositivo que pueda acceder a ella.

I. Las registraciones contables:

Este no es lugar para hacer consideraciones alrededor del sistema de registración de los actos que impactan en el patrimonio del Ente, pero nos parece oportuno recordar que para Fowler Newton, una definición funcional de contabilidad sería la de *"una disciplina técnica que, a partir del procesamiento de datos sobre la composición y evolución del patrimonio de un ente, de los bienes de propiedad de terceros en su poder y de ciertas contingencias, produce información para la toma de decisiones de administradores y terceros interesados, y para la vigilancia de los recursos y obligaciones del ente"*⁶³⁶. Sin entrar en el análisis de la diferencia entre obligaciones y cargas⁶³⁷, el sistema del Código impone ciertas registraciones a determinadas entidades y personas de modo que su incumplimiento acarrea efectos disvaliosos para el interesado.

Según vemos, el problema está en la obsolescencia de los medios de registración contemplados por los distintos sistemas reglamentarios y la falta de sincronía con la evolución de las transacciones que han ganado en complejidad y cantidad. En tal sentido el régimen del Código (2015) adolece de la elasticidad imprescindible que imponen la complejidad y volumen que mencionamos, a ello se suman las dificultades que conllevan subsistemas contemplados en la Ley General de Sociedades (art. 61, LGS) y las disposiciones de la Comisión Nacional de Valores (CNV, Normas to 2013), para las entidades controladas, a lo que se suma el método dispuesto para las Sociedades por Acciones Simplificada (SAS) en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (art. 58, LACE). Como vemos se trata de normas legales y reglamentarias dictadas en distintos momentos y finalidad, lo cual atomiza la regulación, provocando una dispersión que para ser superada requiere de un esfuerzo de interpretación de parte de los operadores, para poder aplicarlo en forma armónica. Veamos la cuestión.

II. Registraciones obligatorias:

Hay principios básicos que se mantienen incólumes a través de los siglos porque vienen de antes del Código de Comercio (1859-1862) y a pesar de la reforma (2015) no se han alterado, las enumeramos: i) el carácter de carga para los interesados (art. 320 CCC), sean estas personas humanas o jurídicas, incluso aquellas que hubieren ejercido la opción quedan obligados a seguir todas las condiciones legales impuestas (art. 330 CCC); ii) la existencia de Registros indispensables (art. 322 CCC); iii) la rigidez de las

⁶³⁶ FOWLER NEWTON, ENRIQUE, *"Contabilidad básica"*, pág. 11; Edición: 2019; 6ta Edición; Editorial: La Ley; CABA.

formalidades y requisitos a cumplir (art. 325 CCC) y las consecuencias disvaliosas de su incumplimiento (art. 330 CCC); iv) el elemento teleológico o finalista que es la exposición de un *cuadro verídico de las actividades y actos que deben registrarse* (art. 321 CCC); v) la unidad y uniformidad de la contabilidad (arts. 327 y 325 CCC), que impide las duplicaciones y alteraciones; vi) la hermeticidad del sistema que implica decir que los EE.CC. deben resultar de los registros donde constan los asientos (art. 326 CCC), que a cada asiento, le corresponde un comprobante (art. 321 CCC) de modo tal que el tercero interesado pueda identificar con un razonablemente sencillo y rápido procedimiento, el origen de la operación analizada; vii) dado su especial valor probatorio, los libros y demás registros deben ser conservados por un plazo legal de 10 años (art. 328 CCC), el cual por definición excede cualquier plazo de prescripción.

III. Sujetos obligados:

Según el texto del art. 320 CCC, están obligados a llevar contabilidad una serie de sujetos y entidades que promiscuamente se pueden encontrar a lo largo del Código y otra legislación vinculada⁶³⁸. Todas las obligadas a llevar contabilidad, sin perjuicio de la eventual aplicación del criterio dimensional para eximir las en función del volumen de su giro (últ. párr. art. 320 CCC), lo que deberá establecer cada jurisdicción local.

IV. Registros indispensables:

a. *Sistema contable y registros contables*: El "sistema contable" está integrado por todos aquellas plataformas de información contable y financiera relacionadas entre sí y los "registros contables" no agotan al "sistema contable" sino que

⁶³⁸ i) Las personas jurídicas privadas (art. 148 CCC), que gozan de personalidad jurídica diferenciada de sus miembros y administradores y a las cuales se les aplican, además de las normas especiales previstas para cada una de ellas, las normas generales establecidas por los arts. 150 a 167 CCC. O sea, que en este segmento podemos enumerar las sociedades reguladas en la LGS, asociaciones civiles (arts. 168 y sgtes. CCC), simples asociaciones (art. 187 y sgtes. CCC), fundaciones (arts. 193 y sgtes. CCC), las iglesias, confesiones, comunidades y entidades religiosas (art. 148, inc. e), CCC); mutuales (Ley N° 20.321), cooperativas (Ley N° 20.337), consorcio de propiedad horizontal (arts. 2037 y sgtes. CCC) y otros entes mencionados por otras leyes con similar finalidad y normas de funcionamiento, como es el caso de las agrupaciones en colaboración (arts. 1453 y sgtes. CCC), uniones transitorias de empresas (arts. 1463 y sgtes. CCC), consorcios de cooperación (arts. 1470 y sgtes. CCC). 1. Otras personas jurídicas previstas en la ley: El art. 148 inc.i) CCC establece que son personas jurídicas privadas, además de las mencionadas expresamente, "toda otra contemplada en disposiciones de este código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento", entonces, se admite la posibilidad de otras personas jurídicas privadas, siempre que se cumplan como condición: i) que haya norma expresa legal y ii) que su carácter surja expresa o implícitamente de su finalidad y funcionamiento.

lo integran; partiendo de la definición del ya mencionado Fowler Newton⁶³⁹, el sistema es el conjunto de registros y documentos que llevamos en legal forma y en regularidad producen una serie de efectos legales favorables al interés del titular o sea el cumplimiento de la carga de registrar correctamente.

b. *Los registros imprescindibles*: Entonces, el sistema contable, en tanto se integra con los registros contables, para producir los efectos legales favorables, debe cumplir ciertos y determinados requisitos que la norma propia impone. Aclaremos que el esquema general de los registros indispensables es, en mayor o menor medida, el mismo que data desde la sistematización renacentista⁶⁴⁰, así la partida doble sigue siendo la “*piedra angular*” sobre la cual se apoya el régimen todo. Pero también digamos que desde hace décadas, los registros magnéticos y digitales han reemplazado al registro papel, que luego se vuelca en los dispositivos la información recabada en las “bases de datos” informatizadas a los libros, de modo que al tiempo que se van celebrando las operaciones se van registrando en el sistema.

Según el art. 322 CCC, los registros imprescindibles son: i) el libro Diario, donde se deben registrar todas las operaciones relativas a la actividad del titular, a condición de que tengan efecto sobre su patrimonio (art. 327 CCC). La norma se refiere a todos los actos jurídicos que tengan efecto patrimonial, pero también hay hechos o actos jurídicos ajenos a su voluntad y control como “*Hechos del Príncipe*” o “*de los Mercados*”, que tienen incidencia directa en el patrimonio del interesado como son las variaciones de cotización y consecuentemente de valuación de determinados pasivos o activos o del tipo de cambio o alcúotas de determinados impuestos u otras contingencias positivas o negativas. Y esos actos pueden registrarse y exponerse individualmente o en registros resumidos que cubran períodos de duración no superiores al mes; estos resúmenes deben surgir de anotaciones detalladas practicadas en subdiarios, llevados con las formalidades y requisitos de cualquier libro (arts. 323, 324 y 325, CCC). El registro o Libro Caja y todo otro diario auxiliar, como lo son los subdiarios “de compras”, “de ventas”, “de ingresos y egresos”, que integran el Diario y por tal condición deben cumplir con las mismas formalidades⁶⁴¹; ii) a su vez, el libro de Inventarios y Balances: donde al cierre del Ejercicio Económico (EE.EE.), deben

⁶³⁹ V. autor citado en nota Nro. 3.

⁶⁴⁰ BESANA, GUILLERMO; “Contabilidad en la nube: lluvia de oportunidades”; *Enfoques* 2020 (agosto), p. 105; TR LA LEY AR/DOC/2439/2020.

⁶⁴¹ En el caso de los Libros IVA Compras y Ventas, también serán considerados indispensables si corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exijan la importancia y naturaleza de las actividades que desarrolla la empresa comprometida, conforme a lo dispuesto por el art. 322, inc. c, CCC. Registros que también pueden ser llevados por medios “no convencionales”.

volcarse los datos que ilustren sobre la situación del expositor de la información en los registros antes mencionados; iii) la mención de estos registros no exime la necesidad forzosa de cualquier otro registro que se imponga por la actividad del interesado (Caja y Bancos, IVA Compras e IVA Ventas, etc.).

c. *Requisitos del sistema contable*: El régimen desarrollado a partir del art. 320 y sgtes. del CCC se asienta sobre principios técnicos propios de la Contabilidad y por tanto, visto desde la perspectiva jurídica, el sistema para tener los efectos jurídicos positivos debe de cumplir una serie de objetivos, tales como: i) una base uniforme del que resulte un "*cuadro verídico*" de las actividades y de los actos con efecto patrimonial que deben registrarse; ii) permitir la individualización de las operaciones celebradas y de las cuentas acreedoras y deudoras, como también los bienes propios y de terceros en poder del empresario; iii) también debe permitir al cierre de cada ejercicio económico (EE.EE.) anual la determinación de: a) la situación patrimonial del interesado; b) la evolución de esa situación patrimonial; c) los resultados de la actividad desarrollada (ganancias y pérdidas), y por otra parte, como ya dijéramos, d) los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva; e) la documentación debe archivar en forma metódica (art. 321, CCC) y conservarse por 10 años desde la fecha de cada comprobante.

Pero debemos dejar a salvo que, desde el punto de vista jurídico, el criterio que se utilice siempre debe ser aplicado con estricto apego a "*una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse*" (art. 321 CCC). De modo que hemos de interpretar que toda registración debe perseguir la veracidad en la información sobre las operaciones y actos con incidencia patrimonial, he ahí el elemento teleológico.

d. Interpretación de las disposiciones del CCC.

Según lo vemos, el Código carece de la necesaria elasticidad para admitir las nuevas tecnologías que permitan "*a tiempo real*" registrar y exhibir aquellos actos u operaciones con incidencia patrimonial, más allá del volumen de las operaciones o dimensión de la entidad afectada.

Por su lado la reforma del art. 61 LGS, vino a completar el esquema, en cuanto autoriza llevar los registros societarios y contables mediante medios digitales y de igual forma que los registros de las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS), con características particulares que analizaremos. Por otro lado la Comisión Nacional de Valores (CNV) en sus Normas (t.o. 2013) y con respecto de las entidades sometidas a control (ley 22.169), excluidas aquellas registradas bajo el régimen PYME CNV

garantizada (arts. 42, 45, 47 Normas CNV 2013) regula el reemplazo de los libros mencionados por otros sistemas de registraci3n⁶⁴².

A este estado de cosas se agrega la situaci3n de las SAS, 3nico tipo societario nacido y desarrollado para llevar sus registros en forma preferentemente “*no convencional*”. Estas entidades deben llevar registro de sus operaciones y confeccionar sus EE.CC. que comprender3n un Estado de Situaci3n Patrimonial (EE.SP) y un Estado de Resultados (EE.RR.) que deber3n asentarse en el Libro de Inventario y Balances, sus registros obligatorios son los Libros de Actas; de Registro de Acciones; Diario y de Inventario y Balances, todos los cuales deben ser individualizados y registrados – rubricados–, como la habilitaci3n de otros registros digitales (Libro IVA Compras/Ventas, Sub Diarios, entre otros) por medios electr3nicos por ante el Registro P3blico de su jurisdicci3n (art. 58, LACE).

Vemos, entonces que esta situaci3n requiere de un esfuerzo de interpretaci3n para aplicar exitosamente los procedimientos y dispositivos que re3nan las condiciones de seguridad que exige la norma y las buenas pr3cticas, procuraremos una interpretaci3n sistem3tica:

a. En primer lugar entendemos que la regla general que resulta de los arts. 320 y sgtes. CCC, debe ser la referencia ineludible para aplicar las disposiciones correspondientes a otros sub-sistemas como los arriba citados de la LGS, CNV y de la LACE. Estos, contienen normas y pautas que hacen a la especialidad de las entidades sometidas a su r3gimen, pero insistimos con la idea que el sistema en cuanto a interpretaci3n y resoluci3n de situaciones no contempladas, sea por la v3a de las normas generales mencionadas del CCC.

b. En cuanto a la transici3n de la aplicaci3n de procedimientos y dispositivos novedosos a entidades que llevaren registro por los medios tradicionales o conocidos, debe seguirse el procedimiento establecido en el art. 329, CCC, a tal efecto, la entidad puede, previa autorizaci3n del Registro P3blico: i) sustituir uno o m3s libros, excepto el de Inventarios y Balances o alguna de sus formalidades, por la utilizaci3n de ordenadores *u otros medios mec3nicos, magn3ticos o electr3nicos*, bajo la condici3n que permitan la individualizaci3n de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificaci3n de su domicilio; ii) conservar la documentaci3n en microfilm, discos 3pticos *u otros medios aptos para ese fin*. En tal sentido consideramos que la enumeraci3n de la norma en cuesti3n es meramente enunciativa y puede ampliarse a otros medios no mencionados. Para ello, la petici3n debe contener: i) una adecuada

⁶⁴² Normas CNV (to 2013): Secci3n XII, p3g. 67; Ciberseguridad y Ciberresiliencia de las infraestructuras cr3ticas del mercado de capitales, Anexo I, p3g. 503 y sgtes.

descripción del sistema a utilizar (memoria descriptiva); ii) dictamen técnico de Contador Público, y iii) indicación de los antecedentes de su utilización, punto que en supuestos de absoluta novedad, creemos que puede ser sustituido por una relación precisa de experimentaciones previas e incluso dictámenes de entidades dedicadas a la investigación, como por ej. el Conicet u otra entidad universitaria de jerarquía análoga y de ese modo satisfacer la necesaria seguridad y veracidad imprescindibles para usar los procedimientos y dispositivos “novedosos”.

c. Una vez aprobado, deben transcribirse en el libro de Inventarios y Balances: i) el pedido de autorización, ii) la Resolución del registrador y iii) la respectiva resolución del organismo de contralor (CNV, en su caso y la AFIP, en caso de los libros IVA compras e IVA ventas, por ej.). Advertimos que la autorización sólo se debe otorgar si los medios alternativos son equivalentes, en cuanto a inviolabilidad, verosimilitud y completitud, a los sistemas cuyo reemplazo se solicita.

d. Por su lado la CNV, en línea con este planteo dispone en sus Normas (to. 2013) iguales requisitos con las características propias de la actividad que deben de desarrollar las entidades controladas, veamos, i) se trata del supuesto de emisoras y mercados, que por su volumen y complejidad de operaciones han de requerir un sistema de registración más eficiente, autorizándolas a aplicar el procedimiento contemplado en el art. 61 LGS, con las condiciones que permitan la individualización de las operaciones, de las cuentas deudoras y acreedoras, como la verificación de los asientos contables con la documentación respaldatoria correspondiente; ii) como asimismo un sistema de almacenamiento digital de la información o por otros medios de conservación que mantenga condiciones aptas para su visualización en pantalla y/o impresión en papel cuando fuere requerido; iii) siempre tomando los recaudos que fueran necesarios para que futuros cambios tecnológicos no afecten la posibilidad de su visualización o impresión en papel en cualquier momento; iv) en tanto, cuando fuere necesario que los registros sean firmados, deberá poder visualizarse, datos de los firmantes (art. 42, Normas CNV, 2013), así vemos que la normativa especial replica las condiciones que impone el art. 321 CCC. v) en el caso de los libros societarios la disposición en cuestión remite directamente a la normativa especial (art. 61 y conc. LGS) y el almacenamiento de las actas sigue iguales pautas a las indicadas para los registros contables; vi) por otro lado, los informes del Contador y del Órgano de Fiscalización, sobre los registros que venimos mencionando, deben expedirse como mínimo sobre el contralor del funcionamiento del sistema, las normas que se aplicarán para la seguridad y garantía de inalterabilidad de los datos y el cumplimiento de los requisitos reglamentarios; vii) va de suyo que estos procedimientos y dispositivos requieren necesariamente de la conformidad de los órganos de administración y fiscalización; viii) ahora bien, cuando las sociedades decidieren llevar los libros contables y/o societarios por sistemas de registración digitales deberán optar por utilizar alguno de los sistemas propuestos en la norma a efectos de garantizar la inalterabilidad de la información registrada, las alternativas son: Libro Digestos de Mensaje: que compilará cronológicamente cada asiento o acta siguiendo las formalidades

del CCC (arts 323, 324 y 325; o, mediante la utilización de firma digital con certificados con sellado de tiempo (“*time stamp*”), que asegure la registración cronológica de las operaciones (art. 47, Normas CNV, 2013). Todo lo cual nos lleva a sostener que la lógica que guía a estas disposiciones se ajusta a los principios rectores del Código que mencionáramos.

e. En tanto que la LACE dispone que a los fines de la constitución y reforma de los instrumentos constitutivos de la SAS, los Registros Públicos deberán dictar e implementar normas reglamentarias que prevean el uso de medios digitales con firma digital y establezcan un procedimiento de notificación electrónica y resolución de las observaciones que se le formalicen a la documentación presentada (art. 38, LACE). De la misma forma el estatuto de la SAS, sus modificatorios y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser entregados en protocolo notarial electrónico, con su correlativo registro electrónico (art. 59, LACE),

f. Así vemos que aun la norma que regula el acto de constitución por medios “*no convencionales*” resulta obsoleta porque no contempla la posibilidad del uso de otros procedimientos y dispositivos que por supuesto aun no conocemos y por tanto no podemos identificar. He allí donde cabe hacer el esfuerzo interpretativo para abrirle paso a las nuevas tecnologías, manteniendo los mencionados objetivos: i) “*uniformidad*” a efectos obtener un “*cuadro verídico*” de las actividades con efecto patrimonial; ii) permitir la individualización de las operaciones y de las cuentas acreedoras y deudoras, como de los bienes propios y de terceros en poder del empresario; iii) también debe permitir al cierre de cada EE.EE., la determinación de los siguientes aspectos: a) la veraz situación patrimonial del interesado; b) la evolución de esa situación patrimonial; c) los resultados de la actividad desarrollada (ganancias y pérdidas) y, como ya dijéramos, d) los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva; e) la documentación debe archivar en forma metódica (art. 321, CCC) y de fácil e inmediata consulta y f) la conservación por 10 años desde la fecha de cada comprobante, que rigen la información comercial desde que se conoce la codificación o tal vez desde las normas corporativas, pero otra cosa distinta son los dispositivos y los procedimientos utilizados para el registro y exposición de la información.

g. Finalmente y tan importante, es que el uso de estos dispositivos y procedimientos novedosos, ponen en jaque el concepto de domicilio donde estarán depositados los registros indispensables (arts. 322 y 325, CCC), porque las registraciones ya no estarán físicamente en un lugar determinado, sino que se podrá consultar la información desde cualquier dispositivo que pueda acceder a ella. Este no es un tema menor, dado que la difusión de estos programas es cada vez más acelerada y ponemos como ejemplo los softwares financieros en la nube que permiten almacenar, acceder y gestionar las aplicaciones para operar sobre fondos a través de internet, lo implica cual prescindir del uso de hard drive, sea en PC o un servidor local y otros periféricos vinculados.

h. La jurisprudencia:

Va de suyo que el cumplimiento del trámite y la registración de la autorización no implica otra cosa que el permiso de uso de dispositivos y procedimientos distintos a los conocidos registros bajo respaldo papel, pero que en modo alguno implican la elusión de las reglas que disponen la progresividad, regularidad y continuidad de la secuencia de asientos, de fácil e inmediata lectura y cada asiento sea complementado con su pertinente documentación respaldatoria, todo en un contexto de transparencia y seguridad. Por ser esta la única forma de cumplir con los principios sustantivos del sistema. En suma, el sistema que se aplique debe asegurar su inalterabilidad y permitir la individualización de las operaciones, como las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación⁶⁴³.

⁶⁴³ CNCom., sala D, 10/12/2009, MJ-JU-M-54291-AR.

BIBLIOGRAFÍA

- BESANA, GUILLERMO; “*Contabilidad en la nube: lluvia de oportunidades*”; Enfoques 2020 (agosto), p. 105; TR LA LEY AR/DOC/2439/2020.
- FOWLER NEWTON, ENRIQUE, "*Contabilidad básica*", pág. 11; Edición: 2019; 6ta Edición; Editorial: La Ley; CABA.
- CNCom., sala D, 10/12/2009, MJ-JU-M-54291-AR.

LA FUNCION ACTUAL DEL IUS MERCATORUM EN UN MERCADO GLOBAL

RICHARD, Efraín Hugo y SALA MERCADO, José

Abstract: la globalización ha alcanzado su más alta expresión con la digitalización, lo que ha llevado a establecer estándares de contratación y regulación no solo a nivel del comercio internacional, sino también en lo doméstico. Es así que hoy asistimos a una suerte de lenguaje común en lo transaccional desde la perspectiva del derecho privado, basado en la autonomía de la voluntad y el diálogo de fuentes, como también en la necesidad de respuestas céleres en la resolución de conflictos para brindar certezas y eficiencia a los operadores.

Introducción

En los tiempos que corren, resulta inevitable una valoración integral del derecho comercial o mercantil desde una perspectiva universal. En ese sentido, se debiera revisar, si corresponde afirmar que se ha retornado a la fuente principal, el *ius mercatorum*.

A diferencia de otras épocas, donde la *lex mercatoria* imperaba con mayor fuerza en territorios delimitados y en cabeza de operadores muy singulares, en la actualidad del nuevo orden mundial, las fronteras pierden vigencia, fruto de un mercado global unificado impulsado por una comunidad internacional que propone la integración económica (acuerdos de integración), la desregulación y consecuente armonización del derecho residual (UNIDROIT, etc), y la gradual eliminación de barreras arancelarias al comercio internacional (acuerdos de Marrakech de 1994 -OMC-).

Estamos ante un mercado global en donde se descarta la producción y/o prestación ineficiente para dar lugar al crecimiento exponencial de las ventajas comparativas (económicas y jurídicas) y procurar, de esa manera, un mercado único global que fomente la competencia y los negocios transnacionales.

Asistimos, en ese orden, a la deslocalización no solo de la gran empresa, sino también de las pymes de actividad global. Por su parte, el vértigo de lo inmediato que arrastra la

costumbre, se posa sobre la digitalización, la estandarización en la contratación y lo medio ágiles de resolución de conflictos.

Finalmente, entendemos que la autonomía de la voluntad entrega al derecho la posibilidad de consolidar ese nuevo *ius mercatorum*, fundado en el lenguaje común del inversor, del empresario, del emprendedor y de los consumidores y usuarios, todo lo que permite incorporar en el uso doméstico, como el transnacional, mecanismos y disposiciones armonizadas provenientes de las más diversas familias jurídicas. Ello supone que una ventaja comparativa territorial resulte no solo de los recursos económicos o productivos que tienen lugar, sino también de la excepcional imperatividad normativa y aplicación del orden público e intervención del estado en cualquiera de sus manifestaciones, niveles o poderes.

Exigencias de un mercado global

El mercado global presenta muchos desafíos, pero también ofrece oportunidades al relativizar el impacto negativo que pueda resultar de un entorno cercano hostil. Nótese el caso argentino que, pese a encontrarse el país en crisis económicas circulares, ello no ha obstado en absoluto al crecimiento de la economía del conocimiento. Por el contrario, resulta quizá inversamente proporcional la generación de capital intelectual frente a la contracción de la economía. En el sector agro exportador y exportador de servicios de conocimiento, el país, sin dudas, está en puestos de vanguardia y ha continuado su senda de crecimiento más allá del entorno complejo.

Lo expresado ha llevado, incluso por ósmosis, a sofisticar la estructura corporativa y de financiamiento que requieren pymes prestadoras de servicios internacionales de tecnologías, pero también esa sofisticación se ha puesto al alcance con motivo de la estandarización de cierta ingeniería societaria y de contratación.

La liberalización del comercio (acuerdos OMC) y las libertades de establecimiento de las empresas y del empresario (personas humanas o jurídicas), han llevado estereotipar los negocios en cuanto a patrones comunes de armazón (sin perjuicio de las particularidades del negocio o actividad de que se trate), facilitando ello la construcción y el entendimiento del *ius mercatorum* por los operadores a lo largo del globo.

Ventajas comparativas (económicas y jurídicas)

La deslocalización de la empresa tiene por objeto usufructuar de los beneficios territoriales y, de ese modo, procurar alcanzar los mejores objetivos al menor costo desde un panorama integral del negocio. Pero el beneficio no se agota en el aprovechamiento económico sino también de aquellas ventajas que puede ofrecer un determinado sistema jurídico. Desde una perspectiva económica, la ventaja comparativa proviene del aprovechamiento de prerrogativas tributarias, de logística, de economía abierta, de menores cargas sociales y de los costes de la mediación jurídica, etc., que detente un país, sin que ello implique validar supuestos de dumping

económico o social. Por otro lado, desde lo jurídico, los derechos flexibles que permiten la radicación de compañías sin barreras complejas y el mayor vuelo de la autonomía de la voluntad, resultan atrayentes para emprendedores, empresarios e inversores. Vale afirmar, para desterrar toda percepción patológica que desvíe lo que se intenta graficar, que las ventajas o beneficios no comprenden supuestos de escasa información o colaboración para facilitar el lavado de activos u otros delitos de guante blanco, o de un capitalismo meramente financiero que no aliente emprendimientos productivos. Se intenta, desde algunos sectores, postular que la libertad otorga fertilidad a ciertos territorios para la perpetración de delitos, lo que no coincidimos. De hecho, a partir de las armonizaciones que se han procurado en materia de regímenes de información, cruzamiento de datos, normas de compliance, responsabilidad penal de las personas jurídicas, o rápida sanción de la actividad ilícita, etc., estos sitios han quedado perfectamente individualizados y son residuales.

Finalmente, la raíz anglosajona del derecho se ha visto fortalecida en el comercio internacional, habiendo receptado la contrataciones internacionales y nacionales, incluso en países europeos continentales y sudamericanos, institutos propios de aquellas familias jurídicas. La autonomía de la voluntad, en sus diversas manifestaciones (creación del derecho particular incorporando usos y costumbres o la incorporación de un derecho extranjero a través de la autonomía conflictual), supone el camino para la incorporación de prácticas foráneas de probada calidad, lo que permite derribar muros y allanar entendimientos.

Desregulación y autorregulación.

La desregulación y propuestas de soft law permiten la rápida armonización y estandarización en la contratación⁶⁴⁴. Lo interesante de los tiempos actuales no es esto que ha sido puesto de manifiesto desde antaño, sino como la estandarización ha encontrado incorporación incluso en la contratación doméstica. Asimismo, la dinámica creativa de la contratación mercantil resulta muy superior en su adaptación a lo estático que puede resultar de una codificación de conductas y sus respuestas jurídicas. Se ha dicho por calificada doctrina en su momento que “las insuficiencias del régimen jurídico mercantil frente al crecimiento de los operadores económicos y la actitud escasamente sensible de sus redactores al fenómeno de la irrupción y predominio de la actividad industrial (hoy sería del conocimiento), que caracteriza la economía actual, así como la expansión de lo que más tarde se daría en llamar -derecho de la economía-, no son más que el material fáctico que permite explicar el largo proceso de

⁶⁴⁴ Autorregulaciones propuestas por: la comunidad internacional de comerciantes, la CCI, asociaciones internacionales de bufetes de abogados, etc.

descodificación y anticodificación”⁶⁴⁵. La armonización o contratación estándar y desregulación puede advertirse claramente en las distintas especialidades como: el derecho de sociedades, el derecho de la propiedad intelectual, el arbitraje comercial interno e internacional, el derecho marítimo, etc., apreciando un crecimiento de las relaciones de organización, personificadas o no.

Por su parte, en la regulación residual que contiene las fronteras a esa autonomía de la voluntad o las soluciones subsidiarias en lo no previsto en la contratación, también se busca la armonización en primer grado para luego intentar la uniformización o unificación del derecho de los negocios internacionales. Nótese las labores de UNIDROIT, del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, los Foros regionales, etc., todas organizaciones que trabajan en la creación de leyes modelos y guías legislativas.

Ingeniería societaria, de financiamiento y sobre bienes inmateriales

En la práctica, sobre todo a lo que respecta al ecosistema emprendedor o empresas incipientes prestadoras de servicios de tecnología o capital intelectual, asistimos a ciertos modelos estándares de financiamiento y deslocalización no solo productiva, sino también corporativa.

Vale decir que se presenta un procedimiento de concentración inversa en donde la sociedad vehículo puede nacer primero que su propia matriz. Esto es así porque el capital intelectual se encuentra diseminado en los puntos más australes y recónditos de globo, por lo que primero nace la idea que luego es acompañada en su desarrollo por lo corporativo. Así es que la sociedad que crean los fundadores no va a canalizar las grandes inversiones, quizá sí las iniciales provenientes tanto de fondos semillas estatales o de personas relacionadas y de capital de riesgo aportado por ángeles inversores. Ahora bien, al tiempo de procurar grandes inversiones en series A, B o C, la sociedad fundacional se ve desplazada del centro del negocio por una holding establecida en un territorio que reúne ventajas comparativas de tipo societario y de seguridad de la inversión. Esa holding que pasará a controlar la sociedad fundacional, ahora devenida en vehículo y de trabajo, será el puerto de desembarco del inversor global y no concentrará solo la inversión, sino también los derechos de explotación sobre activos intangibles de mayor valor (capital intelectual), que sostienen el modelo de negocio.

En este sentido, toda la estrategia de ramificación corporativa responde a la seguridad del negocio, de la inversión y la proyección hasta incluso de una futura venta del grupo o paquete participativo de control. Esto último por cuanto la actividad de investigación y desarrollo tiene

⁶⁴⁵ Fernandez Rozas, JC. IUS MERCATORUM. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales. Ed. Consejo Gral del Notariado, Madrid, 2003, p. 49.

un alto costo para promoverse internamente por las compañías, por lo que se buscan alternativas de menores costos (absorber una start up que ha desarrollado cierta tecnología, vincularse con las universidades para la investigación, etc.).

Por su parte, si el derecho elegido o aquellos que guarden conexión con el negocio lo reconocen, se pueden advertir como estándares las constituciones de sociedades de capital mínimo o inexistente con objeto amplísimo (ej.: toda actividad lícita -argentina exige determinación (cfme. Arts. 11.3 de L 19550 y 36.4 de L27349)- y cláusulas de las más variadas como: (i) *clausulas de adquisición preferente de participaciones (first re-fusal provision)*; (ii) *cláusulas de adquisición de participaciones a primera oferta (first offer provision)*; (iii) *cláusulas de seguimiento (tag along provision)*; (iv) *cláusulas de arrastre (drag along provision)*; (v) *cáusulas de vesteo (vesting provision)*; (vi) *cláusulas que prevean derechos específicos para nombrar administradores sin que tal derecho deba guardar proporción con el porcentaje de participaciones del beneficiario de tal derecho*; (vii) *cláu- sulas que prevean, para casos específicos, la disminución de la responsabilidad del director, por decisión tomada por los socios por simple mayoría (ej. contratación de un administra- dor para campear una crisis de solvencia o similar)*; (viii) *Cláusulas restrictivas de ciertas actividades del órgano de Administración cuya realización queda sujeta a la necesidad del voto positivo de cierto o ciertos socios*; (ix) *Cláusulas de abandono o retiro de la sociedad (good leaver y bad leaver provisions)*; (x) *Opciones de compra y venta (buy and sale pro- vison, puts and call provision)*; (xi) *Cláusulas que prevean la obligación de financiamiento de la sociedad por parte de cierto o ciertos socios conllevando ello privilegios asociados a su favor*; (xii) *prestaciones accesorias de carácter financiero*; (xiii) *derechos de observación y asistencia al órgano de administración, a favor de socios que no son administradores sociales*; (xiv) *derechos de veeduría*; (xvi) *derechos de información calificada*; (xvii) *Res- tricciones para realizar actividades en competencia aunque sea indirecta*; (xviii) *prohibi- ción temporal de venta de participaciones*; (xix) *cláusulas específicas de protección a las minorías (anti-dulition provisions)*; (xx) *cláusulas de suspensión del pago de dividendos fundada en las necesidades de la política financiera de la sociedad*; (xxi) *objeto plural*; (xxii) *Fijación de quóruns y mayorías variables por materia*; (xxiii) *Cláusulas que prevean la su- presión del derecho de suscripción preferente*; (xxiv) *Emisión de participaciones con prima bajo cualquier modalidad que convenga con relación a un negocio o ronda de capitalización determinada*; (xxv) *Cláusulas específicas de inhabilidad de directores*; (xxvi) *Cláusulas de exclusión de socios*; (xxvii) *Clausulas que prevean las tomas de decisiones por consultas, manifestación escrita, reuniones, etc.* (xxviii) *Cláusulas para la*

*solución de situaciones de “deadlock” o bloqueo mutuo o punto muerto; etc*⁶⁴⁶. En este sentido, guarda singular importancia la incorporación por muchos países de las sociedades por acciones simplificadas que presentan patrones jurídicos comunes en los distintos sistemas e incluso, en mayor medida, por aquellos que han incorporado la ley modelo. Se puede advertir en este tipo societario el derecho societario moderno, con fuerte impronta contractualista que permite adaptar la ingeniería societaria a la medida del negocio y de los vientos actuales, usufructuando del diálogo de fuentes.

Por su parte, los instrumentos jurídicos de financiamiento, también presentan cierta estandarización según la etapa de inversión de que se trate, como por ejemplo: los FAST (Founder Advisor Standard Template) y SAFE (Simple Agreements for Future Equity) tomados del derecho anglosajón, como espejos en notas convertibles de uso en nuestro medio. Los negocios en y de participación, los préstamos participativos introducidos en nuestro Código Civil y Comercial son parte de ese desarrollo irrefrenable que comporta la incipiente sistematización de las relaciones de organización, personificadas o no.

Finalmente, los activos intangibles que hoy son aquellos de mayor valor, se registran en las sociedades matrices que canalizan la inversión, de manera que toda la comercialización se propone desde aquellas sociedades nacidas bajo sistemas jurídicos que no solo presentan condiciones flexibles respecto de la ingeniería corporativa y de inversión, sino también el debido resguardo de los derechos de propiedad intelectual y afines. Luego, para la explotación de esos activos, se desembarca en distintos mercados mediante contratos de comercialización ya sea *inter companies* o con terceros.

La era digital

La era digital supone el vértigo de inmediato y el ahorro que significa un lenguaje común en los negocios internacionales. La costumbre se ocupa de ello.

Asimismo, la digitalización permite la posibilidad de agilizar los procesos y la información, sorteando burocracia y garantizando a los operadores un pluralismo horizontal y democrático considerable para valorar todos los elementos que confluyen en la contratación, eliminando la asimetría en la información de todos los interesados.

En materia de registros, no solo la era digital ha impactado en su digitalización conforme surge de registros públicos, sino que incluso los ha vuelto de publicidad acotada. Y es que no solo los derechos reales gozan del rei persecutorio y siguen a la cosa como la sombra al cuerpo, sino que existen mecanismos digitales de tokenización que certifican la originalidad y propiedad

⁶⁴⁶ Enumeración relacionada por Ricardo Cony Etchart sobre posibles cláusulas de las SAS en el congreso societario de Rosario de 2019.

del objeto digital no fungible e incluso constituyen una nota de valor y publicidad del mismo, como ocurre con los NFT (Non Fungible Token). La confianza que genera un NFT en el mercado global sobre el producto respecto de su originalidad y titularidad, supera largamente a la que ofrece un registro público estatal territorial.

Por su parte, es de público y notorio la recepción que han tenido los mercados internacional y domésticos las cripto monedas, generando un medio de pago formal para estatal y de respaldo incierto⁶⁴⁷. Todo fruto del crecimiento exponencial que se ha dado respecto de todos estos sucesos símbolos de digitalización global.

En otro orden, con la digitalización en la era de integración global, también se ha relativizado la importancia del lugar de residencia de las partes o el lugar de celebración e incluso el idioma de un determinado instrumento, por cuanto la relación jurídica se regirá por lo dispuesto en el ejercicio de la autonomía de la voluntad (idioma que prevalece ante ambigüedades, derecho aplicable conforme autonomía conflictual, etc.) y solo, residualmente, por los criterios que imperan en la normativa de derecho internacional privado autónomo (lugar de ejecución de la prestación, característica, derechos convergentes, etc.).

Finalmente, es dable destacar supuestos que hoy merecen especial atención atento el entorno virtual como son, por ejemplo, una sede social virtual de una sociedad argentina o incluso una sucursal virtual (página web) alojada en un dominio geográfico argentino de una sociedad constituida en el extranjero que vuelve aplicable el art. 118 de LGS, los domicilios electrónicos a efectos de las notificaciones formales, etc..

Cláusula compromisoria

El arbitraje hoy no es solo un mecanismo alternativo de uso para la resolución de conflictos en el plano internacional, sino también lo es cada vez más en lo doméstico. La celeridad, lo confidencial, lo especializado, lo inapelable, el reconocimiento internacional del laudo como solución “para estatal” como consecuencia de la convención de Nueva York u otros acuerdos internacionales y otras notas que lo caracterizan, fundamentan el por qué del frecuente uso del instituto.

A diferencia de una primera etapa en donde el arbitraje institucional encontraba cobijo en instituciones de orden internacional que trataban el arbitraje comercial internacional, el arbitraje especializado y el arbitraje de inversiones (CIADI, CCI, OMPI, etc.), y que presentaba

⁶⁴⁷ El más viejo del equipo, considera esa práctica como destructora del sistema de ahorro mundial, alejándose de la construcción de un capitalismo productivo o empresarial, y con fundados argumentos, particularmente por su total falta de respaldo, a una forma de atracción “piramidal” de inversiones para atender a un negocio exclusivo del creador.

una tibia presencia doméstica como complemento de un arbitraje ad hoc también excepcional, hoy podemos afirmar que la realidad ha cambiado. En los países desarrollados esto surge manifiesto, pero incluso en Argentina se puede concluir que el arbitraje se encuentra en franco crecimiento y que ha sido institucionalizado no solo por bolsas y cámaras de comercio, sino también por colegios de abogados y otras instituciones de las más diversas.

Esta vertiginosa apertura, en nuestra diferencia de edades, no nos impide pensar en volver al llamado “viejo corazón del derecho comercial”, siempre renovado, en un doble esfuerzo: un derecho substancial más simple, configurando lo que llamamos la “economía del Derecho”, con menos normas pero más efectivas, librando conductas a la autonomía de la voluntad en cuanto no infrinja el orden social, ni dañe, y logrando rápida solución de los conflictos.

Debe entenderse que la estabilidad no se logrará a través de las leyes del “mercado” sin árbitros, entretenido en meras especulaciones financieras, cortoplacistas, no solidarias, que intentan socavar las naciones. La misma sólo podrá lograrse a través de la aplicación del sistema jurídico como orden del orden social pretendido. Claro que, como apuntamos, es necesario dar seguridad jurídica a través de la estabilidad de las leyes y de la rápida solución de los conflictos.

Volver al viejo corazón del derecho mercantil, de aquél que le dio impulso en la antigüedad, percibiendo los requerimientos de la postmodernidad: volver a los usos y costumbres como ética de los negocios, y a la justicia inmediata, sin perjuicio, como parte de esa ética, la obligación de negociar, incorporada a las Condiciones Generales de Contratación de la Unión Europea y de la UNCITRAL.

Ole Lando, después de poner de relieve la cantidad de países que han adoptado leyes de arbitraje sobre la base de la Ley Modelo de UNCITRAL de 1985 -cuyo artículo 28.1 abre la aplicabilidad de las reglas de la *lex mercatoria* escogidas por las partes-, invoca sucintamente las normas de los Códigos de Procedimiento Civil de Francia (art. 1496), Holanda (art. 1054) e Italia (art. 834) y de la Ley inglesa de arbitraje de 1996 (art. 46.1.b), así como decisiones de los Tribunales Supremos de Austria y Noruega, para mostrar la expansión de la tendencia a permitir a los árbitros la aplicación de la *lex mercatoria* aunque las partes no la hayan elegido.

Correlativamente con ello, es necesaria –absolutamente indispensable- una justicia inmediata, o por lo menos más eficiente.

Hoy el derecho es un “desconocido”, las transacciones se realizan en gran parte desde la clandestinidad y la justicia no es eficiente –por lenta-, con un hipergarantismo generador de montañas de papeles que no honra las reglas del debido proceso ni alienta a emprendedores e inversores. Estamos frente a un cambio...

Nuestra unión en este ensayo es como una premonición de apertura a la libertad, no olvidando las mandas tradicionales que impone la buena fe, el deber de no dañar y las barreras contra todo abuso en el ejercicio de los derechos.

BIBLIOGRAFIA

- Fernandez Rozas, JC. IUS MERCATORUM. Autorregulación y unificación del derecho de los negocios transnacionales. Ed. Consejo Gral del Notariado, Madrid, 2003.
- Fernandez Rozas, JC. SISTEMA de DERECHO ECONOMICO INTERNACIONAL. Ed Civitas, Madrid, 2010.
- Fernandez Rozas, JC, Arenas García, R., De Miguel Asensio, P., DERECHO DE LOS NEGOCIOS INTERNACIONALES, Ed. Iustel, Madrid, 2016.
- Chipana Catalán, Jhoel. Derecho y Nuevas Tecnologías. ed. Themis, Lima, 2019.
- Hocsman, Heriberto S. Negocios en internet. ed. Astrea, Bs As., 2005
- De Miguel Asensio, Manual de Derecho de las Nuevas Tecnologías. Ed. Aranzadi, Madrid, 2023.
- Aronovitz, Alberto. New Trends in International Economic Law. From Relativism to Cooperation, Ed. Shchulthess, Zurich, 2018.
- Ole Lando. Principles of European Contract Law, 1995

**CAPITAL SOCIAL, PATRIMONIO. REPENSAR CONCEPTOS ANTE LA
REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA.**

Pablo Javier Rodríguez⁶⁴⁸ y Soledad Richard⁶⁴⁹

⁶⁴⁸ Profesor de Derecho Privado V-Sociedades (Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba- UCC), Abogado (Universidad Católica de Córdoba-UCC), Notario (UCC), Magister en Derecho de Empresa (Univertsitat Pompeu Fabra, Barcelona, España), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba), Director Instituto de Derecho Comercial y de la Empresa (Facultad de Derecho- UCC), Miembro Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

⁶⁴⁹ Profesora de Derecho Privado IV-Sociedades y Relaciones de Organización (Facultad de Derecho- Universidad Nacional de Córdoba), Abogada y Notaria (UNC), Magister en Derecho de Empresa (Univertsitat Pompeu Fabra, Barcelona, España), Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC), Miembro Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Sumario

La necesidad de repensar el capital dentro del sistema societario y en particular sus funciones históricas poniendo mayor atención al patrimonio ante la irrupción de las nuevas tecnologías y el aporte de intangibles.

Ponencia

Estamos inmersos en procesos de cambios permanentes, profundos y sustancialmente más dinámicos, atravesados y, en gran medida, motivados por el avance del desarrollo del área de las nuevas tecnologías.

El derecho societario, como derecho de institucionalización de las empresas constituye un extenso conjunto de normas que responde a un continuo dinamismo histórico que va surgiendo y mutando ante la necesidad de dar respuesta a estas exigencias del cambio de los tiempos.

El desafío es armonizar las nuevas tecnologías con el sistema del capital social dispuesto como uno de los requisitos para constituir una sociedad⁶⁵⁰, no solo como un elemento fundacional sino que conforme a la doctrina clásica constituye una función patrimonial al existir correlación entre el capital y el objeto social para la consecución de este último⁶⁵¹.

En esta línea de razonamiento, históricamente el capital social cumplió diversas funciones (productividad, organizativa, de garantía).

Cada vez es más relevante debatir la importancia de extender la mirada más allá de las funciones históricas del capital social y repensar la idea del mismo en su relación

⁶⁵⁰ Arts. 1, 11 inc. 4, 37 y ss, entre otros LGS.

⁶⁵¹ Juan Pablo Orquera desarrolla la posición que sostiene la imposibilidad de una sociedad sin capital social, las funciones del capital social y su carácter causal y estructural frente a la visión posmoderna que disocia la ideal del “capital” frente al “objeto social”. Ver Orquera, Juan Pablo-Raspall, Miguel Ángel (directores), *El Capital Social*, Astrea, Bs As, 2022, pág 2 y ss.

directa y necesaria con el patrimonio social, motivada por la dinámica económica-financiera del mercado. Hace tiempo que se debate y profundiza que cuando se habla de viabilidad de una empresa sobre la idea de *patrimonialización*⁶⁵², o *infrapatrimonialización* en lugar de capitalización o infracapitalización.

El tratamiento normativo en Argentina de las sociedades en la sección IV de la LGS⁶⁵³ (que parte de la doctrina denomina sociedades simples⁶⁵⁴), la inclusión de las Sociedades por Acciones Simplificadas mediante la Ley 27.349⁶⁵⁵, las sociedades cooperativas con su capital variable, la inflación continua en nuestro país que cuestiona la función de garantía del capital, los diferentes medios de financiamiento de las empresas, la revolución tecnológica (Blockchain, Smart Contract, Inteligencia Artificial, etc.), los aportes de intangibles (software, aplicaciones informáticas, patentes, marcas, licencias de uso, incluso seguidores de una red social, etc.)⁶⁵⁶ como elementos de valor sustancial y en algunos casos casi exclusivos, entre otros, ponen de manifiesto la necesidad de debatir sobre las funciones y alcances del capital social, el patrimonio y la participación en el mismo de sus socios.

⁶⁵² RICHARD, Efraín Hugo, FUSHIMI, Jorge Fernando, "Razonabilidad de dividendos y reservas", *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 253 y ss, Córdoba, 2022.

⁶⁵³ Ley General de Sociedades. Ley 19550 cuya modificación mediante la Ley 26994 publicada en Boletín Oficial el 8-10-2014, en vigencia desde el 1-8-2015 introduce el contenido de la Sección IV.

⁶⁵⁴ Sobre el régimen de sociedades de la sección IV: RICHARD, SOLEDAD. DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL. "El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma". Pág. 621-630. Abril/julio de 2012 Editorial ERREPAR. ISBN N° 978-987-01-1321-8; RICHARD, SOLEDAD. DOCTRINA SOCIETARIA Y CONCURSAL. SUPLEMENTO ESPECIAL. "El régimen de las sociedades no regulares en el proyecto de reforma" Pág. 71 -80. Septiembre de 2012. Editorial ERREPAR. ISBN N° 978-987-01-1321-8.

⁶⁵⁵ Ley 27.349, Ley del Capital emprendedor, sancionada el 29-03-2017.

⁶⁵⁶ Haciendo un rápido repaso de las sociedades con mayor posicionamiento en el mercado tanto global como regional nos encontramos con muchas de ellas en la que los intangibles representan el valor fundamental, por ejemplo Airbnb, Uber, Mercado Libre, las conocidas empresas de delivery como PedidosYa, Rapi, etc.

Las funciones históricas del capital social relativas a la garantía⁶⁵⁷, la productividad y la proporcionalidad en la participación y organización⁶⁵⁸, se encuentran cuestionadas.

Por eso, entendemos que es relevante analizar la irrupción de la tecnología en su relación con el patrimonio de la persona jurídica y con su capital social. Ello nos lleva a la necesidad de repensar la adaptación del derecho societario y la normativa vigente a la luz de las nuevas tecnologías. Allí se abre un abanico de temas que es necesario abordar, estudiar y que nos permita sugerir y arribar a propuestas de armonización de ambos ámbitos:

- El aporte de intangible, es decir del conocimiento en sus distintas formas⁶⁵⁹, que en muchos casos constituyen el activo más valioso de una sociedad (software, incluido lo relativo a Inteligencia Artificial, etc.), su cuantificación e relevancia al momento de determinar la participación del socio en sus derechos políticos y económicos
- Las criptomonedas como parte del capital social⁶⁶⁰, o como componente del patrimonio de la empresa.
- La tokenización de las participaciones sociales, y desde allí la transmisibilidad de las mismas.

⁶⁵⁷ Resulta muy interesante la ponencia de DASSO, Ariel Ángel, “La sociedad anónima sin capital social con patrimonio neto mínimo”, *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 233 y ss, Córdoba, 2022.

⁶⁵⁸ HADAD, Lisandro, SALA MERCADO, José Pablo, “Las funciones del capital en los negocios actuales”, *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 265 y ss, Córdoba, 2022.

RICHARD, Efraín Hugo, “La futilidad actual del capital social. Capital y patrimonio”, *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 319 y ss, Córdoba, 2022: “La posible utilidad de la noción de capital ha quedado fulminada hace ya muchos años por la inflación que desmorona la utilidad de esa tradicional mención. Es el patrimonio integrado por aportes de diversa índole y otros medios de financiación y de generación de recursos lo que interesa”.

VITOLLO, Daniel Roque, “La difuminación del capital social como elemento esencial en el derecho de sociedades en tiempos de posmodernidad”, *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 333 y ss, Córdoba, 2022.

⁶⁵⁹ Pérez Hualde, Fernando en obra colectiva dirigida por Orquera, Juan Pablo-Raspall, Miguel Ángel, *El Capital Social*, Astrea, Bs As, 2022, págs. 127 y ss.

⁶⁶⁰ Colonnese, Federico-De Las Morenas, Gabriel, “Integración del capital con criptomonedas. Problemas y soluciones”, *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 227, Córdoba, 2022.

- La aplicación de blockchain en la documentación societaria (libros sociales, documentación contable).

Los mencionados son algunos de los temas que plantean mayor interés y que no son localistas o regionales sino que en este mundo globalizado son parte de la agenda de todos y cada uno de los sistemas jurídicos generando la necesidad de profundizar el **debate sobre las funciones del capital social, con una mirada del patrimonio como un concepto más amplio:**

a) **la función de garantía** debe ser jurídica, debiendo tenerse en cuenta el equilibrio patrimonial y la activación de los distintos institutos que tutelan a los terceros cuando el pasivo supere esa línea de flotación que determina el capital social. Para ello podemos obtener el mismo resultado con una sociedad con un capital de \$1, o incluso centrándonos en la infrapatrimonialización poniendo el foco en los mecanismos contables que permitan determinar la viabilidad de la empresa y la responsabilidad de administradores e incluso de socios ante supuestos de daño a terceros;

b) **la función de productividad y la relación del capital con la posibilidad de consecución del objeto social**, también necesita una nueva mirada atento a la irrupción de las nuevas tecnologías ya que el aporte de intangibles, de nuevas herramientas de financiamiento como lo son las criptomonedas, y principalmente el conocimiento de los socios de qué necesitan para conseguir el cumplimiento del objeto social hace desaconsejable la determinación de un capital mínimo tanto por disposición de la ley o por resoluciones de los organismos de contralor;

c) **la función de organización** se puede obtener incluso con la determinación del porcentaje de participación de los socios en el patrimonio de la sociedad.

La estructura del sistema relativo al capital social dispuesto por la LGS en aras a tutelar la sociedad, los socios y los terceros⁶⁶¹, en la mayoría de los escenarios se podrían

⁶⁶¹ Por ejemplo: 1) art 11, inc 4 y 163 LGS en cuanto a la imposición de que el capital social sea en moneda de curso legal en argentina; 2) art 13, inc 3, en lo relativo a estipulaciones nulas prohibiendo cláusulas que aseguren a uno o varios socios su capital aportado o ganancias; 3) arts. 31, 32 y 33 LGS relativo a participación en el capital de otras sociedades, participaciones recíprocas y sociedades controladas y vinculadas; 4) arts. 37 a 53 y 187 párr. 3° LGS sobre el régimen de aportes al capital social; 5) los arts. 58 y 59 LGS que disponen la responsabilidad a los administradores ante los daños que produzca la violación a la intangibilidad del capital social; 6) los arts. relativos a los estados contables de las sociedades, arts. 71 a 73 LGS; 7) la prohibición de distribuir dividendos ante la inexistencia de utilidades líquidas y realizadas o ante la pérdida de ejercicios anteriores, arts. 68 y 224 LGS;

aplicar sin disponer un capital mínimo, una sociedad con un capital de \$1, y conseguir los mismos objetivos o incluso profundizar sobre la posibilidad de aplicar un capital social variable (como en las sociedades cooperativas)⁶⁶², o la emisión de acciones sin valor nominal⁶⁶³. En otros supuestos, como en el relativo a la participación en otras sociedades, participaciones recíprocas y controladas se podría mantener el espíritu y objetivo de la norma modificando los requisitos o las bases para aplicar las limitaciones del art. 31 LGS, las participaciones recíprocas del art. 32 y lo relativo a las sociedades controladas del art. 32 LGS.

Consideraciones finales

La realidad impone una dinámica vertiginosa en cuanto a la irrupción de las nuevas tecnologías. En la historia de la humanidad las revoluciones transcurrieron en diferentes épocas o siglos, períodos extensos de tiempo. Actualmente la velocidad de los cambios aumentó exponencialmente. La realidad que vivimos hoy es diferente a lo que ocurrirá en pocos años. El derecho, y en especial el derecho comercial, se adapta y toma la realidad para adecuar los marcos normativos, pero la celeridad imperante de los hechos hace que vea desde atrás esa nueva realidad. El desafío es interpretar el sistema normativo vigente para que sea inclusivo de las nuevas tecnologías y cuando

8) lo establecido sobre reservas legales en el art. 70 LGS; 9) art. 186 LGS con relación a la suscripción total del capital social; 10) la prohibición de emisión de acciones bajo la par dispuesta en el art. 202; 11) el sistema de reducción del capital social establecido en los arts. 203 a 206 LGS; 12) otras normas que abordan el régimen sobre acciones que indirectamente se vincula al capital social como ser el art. 220 (régimen limitado de adquisición de acciones propias), art. 222 (prohibición de que la sociedad reciba sus propias acciones en garantía), 223 (amortización de acciones), 224 (prohibición de distribución anticipada de dividendos), 227 a 232 (régimen de tratamiento de los bonos de goce y participación).

⁶⁶² Como destaca Fushimi, Jorge Fernando en la ponencia “Rigideces de la Ley General de Sociedades para la autofinanciación” *XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa*, T 4, pág. 239 y ss, Córdoba, 2022, y en el trabajo “El capital social de las sociedades anónimas en el derecho comparado (Crisis del capital. Modelos alternativos en el derecho comparado. Un análisis crítico con punto de partida en la legislación nacional)”, *Revista de derecho comercial y de las obligaciones*, Ed. Abeledo Perrot, Nov-Dic 2011, Vol. 2011-B, pág. 821-850, Bs As, 2011. “En el derecho comparado existen sociedades de capital variable nominalmente (Brasil y Chile) que ajustan sus capitales conforme a los ajustes por inflación que practican (es decir, capitalizan los ajustes por inflación), y otros de capital variable en términos reales...” (como en México).

⁶⁶³ Araya, Miguel C., “Capital y patrimonio”, *Derecho Societario*, coordinado por Mariano Gagliardo en *Jurisprudencia Argentina*, dic. 1996.

no sea suficiente tenemos la responsabilidad de repensar los institutos para adecuarlos y dar respuesta a lo que la sociedad y el mercado reclaman. El primer paso es profundizar el debate sobre las funciones del capital social, poniendo mayor atención al patrimonio.

No hay que temer a la tecnología, el peligro es si la aceptamos desinformados y sin cuestionarla.

EL CONTROL DEL REGISTRO PUBLICO ANTE LOS NUEVOS PARADIGMAS

RUIZ, Ricardo Alberto

SUMARIO

No descubrimos nada nuevo si decimos que el control de legalidad por parte del órgano registrador ha sido siempre materia de debate, tanto en doctrina como en jurisprudencia. Tampoco lo hacemos si decimos que, ante la modificación introducida por la Ley 26.994, este control ha quedado desdibujado, a punto tal, que cierta parte de la doctrina se ha pronunciado directamente por la desaparición del mismo.

Pues bien, el nuevo paradigma que presenta el derecho societario actual parte de una premisa clara y concreta: el respeto a la libertad de formas y a la autonomía de la voluntad como factor preponderante en las relaciones patrimoniales.

Si bien este cambio de paradigma se manifiesta legislativamente a partir del año 2015 con la última reforma a la Ley General de Sociedades, no es menos cierto que el mismo es el producto de una evolución doctrinaria y jurisprudencial desarrollada durante años, que advirtiendo el fracaso de los sistemas rígidos atados a la necesidad de respetar la tipicidad como recaudo de legitimidad, fueron reclamando por distintos medios una morigeración de tales exigencias.

Casi paralelamente, nuevos intereses jurídicos fueron cobrando virtualidad. El avance del crimen organizado, la sofisticación de las figuras delictuales, la globalización de la delincuencia, y la necesidad de encontrar mecanismos que impidan consolidar el rédito económico de aquellas nuevas conductas típicadas en el Código Penal como medio para desbaratar tales actividades ilícitas, fueron engendrando normas legales que imponen controles específicos que, en cierta medida, atentan o relativizan el declamado contractualismo.

Es por ello que deviene necesario reconfigurar las facultades de contralor que ejercen los Registros Públicos y organismos administrativos de inspección a fin de adaptarla a esas nuevas exigencias, las que no se agotan en la defensa de los intereses de socios y terceros que eventualmente contraten con la sociedad, sino que también tienen como finalidad la protección de un interés jurídico superior materializado en el “orden financiero internacional”, a través de la prevención de lavado de activos y la lucha contra el financiamiento de actividades terroristas y la criminalidad organizada.

PONENCIA

1. Noción tradicional del control de legalidad.

Con más o menos palabras, siempre se sostuvo que las facultades del órgano registrador no se agotan en un mero control formal, sino que además debe hacer un control de legalidad del acto cuya inscripción se solicita. Respecto a este último punto, se dice que las facultades del registrador se encuentran vinculadas a sus obligaciones, tales como: a) efectuar el examen de los documentos cuya inscripción se solicita; b) calificar dichos documentos bajo su responsabilidad; c) verificar la competencia y facultades de quien los autorice o suscriba; d) verificar el cumplimiento de las formas extrínsecas; e) verificar la capacidad y legitimación de los otorgantes y la validez del contenido de dichos documentos; f) examinar si se han cumplido los preceptos legales de carácter imperativo.⁶⁶⁴

Esta fue la idea mantenida a lo largo del tiempo en que se mantuvo en vigencia el viejo Código de Comercio, en el convencimiento que ello le otorga un viso de legalidad al acto que se inscribe, redundando en seguridad jurídica.

El Registro creado por el Código de 1862 se encontraba bajo la dirección del secretario del Juzgado, a quien cabía la responsabilidad por la legalidad y exactitud formal de los asientos (art. 23 ley 3397). Era de su incumbencia controlar que las anotaciones que se hicieran coincidieran con lo expresado en el documento original cuya inscripción el juez le ordenaba, no pudiendo el secretario ir más allá, siquiera cuando se le impusieran asientos inexactos o ilegales, supuestos en que debía únicamente denunciar las anomalías al Juez, por cuanto carecía de poder para controlar la legalidad del acto, o de poder para imponer a las partes la subsanación. Pero tan estricto criterio iría cambiando con el tiempo, a medida de que se generaba consenso de que un adecuado ejercicio del control de legalidad forzaba al secretario a oponerse a registrar actos viciados. Así, la registración pasó lentamente a exceder el mero efecto material del acto de dar a publicidad, correspondiendo al funcionario efectuar valoración sobre su validez y legitimidad. Finalmente se impuso la idea de que si el art. 34 del Código de Comercio imponía la

⁶⁶⁴ VITOLLO, D. R. "Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada", Ed. Rubinzal Culzoni, Tomo I, pág. 134

secretario revisar la legalidad de los asientos, ello conllevaba también el control de que los actos a inscribirse se ajustaran a las leyes que los regían.⁶⁶⁵

La sanción de la Ley 19.550 constituyó la excusa apropiada para profundizar la idea de control de legalidad, consagrándose expresamente en el texto legislativo. El viejo artículo 6 de aquel cuerpo normativo dispuso claramente que el juez *debe* comprobar el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales, para luego definir que la sociedad solo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio.

Durante la vigencia de dicha norma legal, se decía que el control de legalidad consiste, en consecuencia, en un examen exhaustivo que debe hacerse del documento a inscribir, y determinar si se ajusta a los requisitos legales prescriptos para cada caso, supuesto en que la toma de razón resulta procedente. Registrado éste, goza de una presunción de validez, que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, pues como se afirmó, nuestra ley de sociedades no acepta el efecto saneatorio o convalidante de las inscripciones (art. 17, 19.550).⁶⁶⁶

Evidentemente, este modelo de estructuras societarias basadas en la tipicidad como principio rector, y su contracara, la nulidad con las que se sancionaban aquellas que no se adecuen a las formas impuestas, justificaban un control mucho más férreo, no limitándose al control formal del instrumento sino, por el contrario, evaluando la regularidad y legalidad del acto que le da origen.

2. El control de legalidad en la Ley 26.994.

Si bien es cierto que la Ley 26.994 ha derogado el artículo 6 de la otrora Ley de Sociedades Comerciales, eliminando el párrafo que disponía que el juez de registro debía comprobar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, se dice que *deben considerarse implícitas las facultades de contralor ante la falta de una regulación alternativa*.⁶⁶⁷

Pese a este impulso privatista, donde el predominio de la autonomía de la voluntad y la libertad de formas es un sello distintivo, el control de legalidad de los actos societarios

⁶⁶⁵ BALBIN S. "Manual de Derecho Societario. Ley General de Sociedades", Ed. Abeledo Perrot, 2da. Edición, 2016, pág. 85.

⁶⁶⁶ NISSEN, R. "Ley de Sociedades Comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, 3ra, edición, 2010, Tomo 1, pág. 184.

⁶⁶⁷ JUNYENT BAS, F. "Reformas a la Ley de Sociedades por Ley 26.994", Ed. Advocatus, 2015, pág. 117.

sigue siendo un recurso inexorable, puesto que ello supone la adecuación de las estructuras societarias a las exigencias legales vigentes.

De hecho, adviértase que el legislador ha mantenido la obligación de controlar los recaudos legales y fiscales al someter la inscripción de la sociedad anónima ante la autoridad administrativa (conf. art. 167, LGS); dejando a salvo que, una vez conformada la constitución, el expediente pasará al juez de registro quien dispondrá la inscripción *si la juzgara procedente*. Por su puesto que ese *juzgamiento de la procedencia* de la inscripción no será otra cosa que el resultado del control de legalidad que hará el registrador en el marco de sus facultades jurisdiccionales.

De tal manera, está claro que el control de legalidad hace a la naturaleza del órgano registrador y justifica su existencia, puesto que resulta inconcebible, y hasta incoherente, que se disponga la necesidad de inscribir todo acto societario en un registro si, como contrapartida, no hay una obligación de verificar la legalidad del mismo, agotándose su función en la mera publicidad aún cuando adolezca de un vicio que, eventualmente, lo transforme en un acto inválido.

Ahora bien, despejada la duda sobre la vigencia del control de legalidad, entiendo que la discusión pasa entonces por determinar quién es el encargado de regular dicha función. Adviértase que la norma legal que puso en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (26994), incorporando a la vez la modificación del mencionado artículo 6 de la Ley General de Sociedades, pareciera que nada dice al respecto, limitándose a ordenar la inscripción en el Registro Público. De tal manera, existe una omisión – deliberada o no- de la ley nacional que obliga a complementarla con aquella legislación que regula específicamente la cuestión, siendo ellas las normas locales de cada jurisdicción provincial dictadas en consecuencia. En tal sentido, comparto el criterio interpretativo que sostiene que *la omisión expresa de una ley nacional que regule la cuestión, importa que la facultad de contralor, así como su extensión, queda sujeta a lo que regule su respectiva provincia al respecto*.⁶⁶⁸

En sentido coincidente se expresa el Dr. Ragazzi cuando afirma que el control de legalidad no desaparece con la entrada en vigencia de la ley 26994 [...] la potestad regulatoria del control de legalidad será de carácter local, en cada jurisdicción podrá haber distintos criterios al respecto, desde el actual criterio fijado por la Inspección General de

⁶⁶⁸ DE LEON, D. “El control de legalidad en el nuevo Registro Público”, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Mendoza, 2016).

Justicia de la Nación en ejercer un control de legalidad formal y material, hasta la eliminación del ejercicio de dicho control en donde el Registro cumple únicamente la función de publicidad.⁶⁶⁹

Es que, precisamente, dicha facultad ya había sido concedida a las provincias (art. 1, Ley 21768), quienes durante la vigencia del viejo código civil de Velez Sarsfield ya habían dictado diversas regulaciones al respecto, manteniéndose actualmente vigentes en varias jurisdicciones aún ante el cambio de la legislación nacional en la materia. Por ejemplo, en Santa Fe la ley 3397 – que data del año 1948 – dispone que el funcionario encargado del Registro Público *podrá observar los actos y documentos que se le presenten a inscripción por vicios o defectos de forma o por falta de capacidad de los otorgantes, o por tener un objeto contrario al orden público, salvo en aquellos casos en que el control fiscal y de legalidad de instrumentos constitutivos de todas las sociedades por acciones, sus modificaciones, reglamentos, aumentos de capital, fusión, escisión, disolución, designación de sus liquidadores, remoción de las causales de disolución, cancelación de la inscripción y todo otro acto, documento o instrumento cuyo control haya sido realizado en forma previa a la solicitud de registración por parte de la Inspección General de Justicia de la Provincia de Santa Fe, el Registro Público no realizará un nuevo control y deberá proceder sin más a inscribir los actos, documentos o instrumentos aludidos* (conf. art. 23, Ley 3397 –texto según Ley 13.736-). O sea, y para traducirlo en pocas palabras, en las sociedades por acciones el control de legalidad se traslada al órgano de contralor administrativo, limitando la facultad del Registro Público para realizar un nuevo control.

De tal manera, en cada jurisdicción podrá haber distintos criterios al respecto, desde el actual criterio fijado por la Inspección General de Justicia de la Nación en ejercer un control de legalidad formal y material, hasta la eliminación del ejercicio de dicho control en donde el Registro cumple únicamente la función de publicidad.⁶⁷⁰

3. El control registral ante los nuevos paradigmas.

El derecho societario de hoy se ve condicionado, en cierta medida, por exigencias de naturaleza extrasocietarias, que ya no tienen que ver con la defensa de los intereses de los socios o de terceros, sino que apuntan a la tutela de diversos intereses jurídicos en

⁶⁶⁹ RAGAZZI, G. “El Registro Público”, en CURA, J. M., Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo 1, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2da. edición, pág. 861 y ss.

⁶⁷⁰ DE LEON, D. Ob. cit nota 6.

mundo ya globalizado, donde la magnitud y dimensión del comercio internacional trasciende las exigencias normativas locales.

Como nos enseñara el maestro Francesco Galgano, la sociedad global elabora un derecho propio no estatal, al cual se le ha atribuido el nombre de nueva *lex mercatoria*. [...] un derecho creado por la clase empresarial, sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de las unidades políticas de los Estados, las relaciones comerciales que se instauran dentro de la unidad económica de los mercados.⁶⁷¹

Este desarrollo comercial a nivel mundial genera un movimiento de capitales inusitado, trasladándose de una punta a otra del universo en cuestiones de segundos gracias al apoyo de la tecnología que neutraliza todo impedimento físico. Naturalmente, y como contrapartida, ello supone el establecimiento de sistemas de control que aseguren la licitud del origen de esos fondos, evitando de esa manera que los resultados económicos obtenidos de actividades ilícitas se vuelquen a la capitalización de estructuras societarias que, en definitiva, permitan o faciliten el lavado de activos.

Dice Eduardo Favier Dubois que, como consecuencia de los cambios culturales propios de la Posmodernidad, de los cambios económicos generados por el Neoliberalismo y la Globalización, del impacto de la “especificación” de los Derechos Humanos y de la prevención internacional del Lavado de Dinero, el Derecho Societario ha incorporado reglas, prácticas e interpretaciones que responden a nuevos y distintos paradigmas. Uno de esos nuevos paradigmas lo denomina “paradigma de prevención internacional”, el cual, según su definición, implica una serie de reglas, principios y valores que procuran moldear al régimen societario para adecuarlo a las prácticas internacionales en materia de prevención de lavado de dinero y lucha contra el crimen internacional organizado. Este paradigma se diferencia del “institucional” porque su eje principal no es cuidar los intereses empresariales, de acreedores o de socios sino a los intereses internacionales.⁶⁷²

Desde distintos organismos internacionales, y más precisamente a partir de la creación del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), se han agudizado los controles en esta materia, comenzando a exigirse ciertos recaudos que buscan dar

⁶⁷¹ GALGANO, F. “La globalización en el espejo del derecho”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 65.

⁶⁷² FAVIER DUBOIS, E. – SPAGNOLO, L. “El Derecho Societario argentino en la posmodernidad. Cuatro modelos para armonizar y un nuevo desafío”, publicado en el sitio web: <https://favierduboisspagnolo.com/trabajosdedoctrina/sociedades>.

transparencia a los movimientos de divisas a nivel global, todo ello a partir de recomendaciones a los países miembros para que ajusten sus respectivas legislaciones a fin de prevenir y combatir el lavado de activos y la financiación de actividades delictivas que afecten el orden financiero de los Estados, incluyéndose las actividades terroristas, el tráfico de armas de destrucción masiva, como así también toda otra actividad que amenace la integridad del sistema financiero internacional, la seguridad y la paz mundial.

En líneas generales, y en lo que refiere específicamente a la temática que nos convoca este artículo, el GAFI ha recomendado que *todas las sociedades mercantiles creadas en un país deben ser inscritas en un registro mercantil. Cualquiera que sea la combinación de mecanismos que se utilice para obtener y registrar la información sobre el beneficiario final, existe un conjunto de información básica sobre una empresa que la sociedad mercantil debe obtener y registrar como un prerrequisito necesario. La información básica mínima a obtener y registrar por la sociedad mercantil debe ser: (a) nombre de la sociedad mercantil, prueba de su constitución, forma y estatus jurídico, dirección de la oficina domiciliada, facultades básicas de regulación (ej.: escritura de constitución y estatutos de asociación), una lista de los directores y un identificador único, como el número de identificación fiscal o su equivalente (cuando esto exista); y (b) un registro de sus accionistas o miembros, que contenga los nombres de los accionistas y miembros y la cantidad de acciones en poder de cada accionista y las categorías de acciones (incluyendo la naturaleza de los derechos al voto asociados). El registro mercantil debe guardar toda la información básica plasmada en el párrafo (a) anterior.*

Por otra parte, también se recomienda a los países que deben contar con mecanismos que aseguren que la información básica y de beneficiario final, incluyendo la información suministrada al registro mercantil y toda información disponible sea adecuada, precisa y actualizada. La información *adecuada* es aquella que es suficiente para identificar a la(s) persona(s) física(s) que es(son) el(los) beneficiario(s) final(es), y los medios y mecanismos a través de los cuales ejercen la propiedad o el control final. La información *precisa* es aquella que ha sido verificada para confirmar su exactitud mediante la comprobación de la identidad y el estatus del beneficiario final utilizando documentos, datos o información fiables y obtenidos de forma independiente. El alcance de las medidas de verificación puede variar en función del nivel de riesgo específico.

Dentro de este contexto, los países deben establecer una UIF con responsabilidad para actuar como centro nacional para la recepción y análisis de reportes de operaciones sospechosas y demás información pertinente al lavado de activos, delitos determinantes asociados y financiamiento del terrorismo; y para la revelación de los resultados de dicho análisis.

Consecuentemente con tales recomendaciones, se fueron dictando distintas normas legales tendientes a efectivizarlas. Así fue que por ley 25.246, a la par de tipificar conductas tendientes a sancionar el delito de lavado de activos y crear la Unidad de Información Financiera (UIF), se dispuso expresamente que los Registros Públicos de Comercio (hoy Registros Públicos) son sujetos obligados a brindar información a la UIF (conf. art. 20), *debiendo recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto* (conf. art. 21).

Paralelamente, la Resolución UIF 29/2011 dispuso las medidas y procedimientos que los REGISTROS PUBLICOS DE COMERCIO y los ORGANISMOS REPRESENTATIVOS DE FISCALIZACION Y CONTROL DE LAS PERSONAS JURIDICAS deberán observar para prevenir, detectar y reportar los actos u omisiones que puedan provenir de la comisión de los delitos de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo.

Para ello, obliga a estas entidades a adoptar una política de prevención en materia de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, de conformidad a la normativa vigente; debiendo contemplar los siguientes aspectos: a) La elaboración de un manual que contendrá los mecanismos y procedimientos para la prevención de Lavados de Activos y Financiación de Terrorismo, que deberá observar las particularidades de su actividad; b) La designación de un oficial de cumplimiento conforme lo establece el artículo 20 del Decreto N° 290/07 y modificatorio; c) La capacitación del personal; d) La elaboración de un registro escrito del análisis y gestión de riesgo de las operaciones sospechosas reportadas. El mencionado registro tendrá tratamiento confidencial, amparado conforme las previsiones del artículo 22 de la Ley N° 25.246 y modificatorias; e) La implementación de herramientas tecnológicas acordes con el desarrollo operacional del sujeto obligado, que le permita establecer de una manera eficaz los sistemas de control y prevención de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo; f) La implementación de medidas que les permitan consolidar electrónicamente las operaciones que realizan con sus clientes; así como herramientas tecnológicas tales como "*software*", a fin de analizar o monitorear distintas variables para predecir ciertos comportamientos y visualizar posibles operaciones sospechosas; g) El cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución UIF sobre Personas Expuestas Políticamente y la verificación de que los Clientes no se encuentren incluidos en los listados de terroristas y/u organizaciones terroristas de conformidad con lo prescripto en la Resolución UIF vigente en la materia. Asimismo, deberá identificar a los beneficiarios finales, como así también la actualización de la información respecto de los mismos, en los términos y condiciones establecidos en la normativa de la UIF relativa al Beneficiario/a Final.

A tales fines, estos organismos deberán reportar, conforme lo establecido en el artículo 21 inciso b) de la Ley N° 25.246 y modificatorias, aquellas operaciones inusuales que, de acuerdo a su buen criterio, la idoneidad exigible en función de la actividad que realizan y el análisis efectuado, consideren sospechosa de Lavado de Activos o Financiación del Terrorismo.

Deberán ser especialmente valoradas las siguientes circunstancias que se consignan a mero título enunciativo:

a) Cuando existiera el mismo domicilio en cabeza de distintas personas jurídicas o cuando las mismas personas físicas revistan el carácter de autorizadas y/o apoderadas de diferentes personas de existencia ideal, y no existiere razón económica o legal para ello, teniendo especial consideración cuando alguna de las compañías u organizaciones estén ubicadas en paraísos fiscales y su actividad principal sea la operatoria "off shore"; b) Cambio fundamental del objeto sin justificación o razón aparente; c) Cambio de denominación recurrente sin justificación o razón aparente; d) Variaciones significativas de capital social sin que ello encuentre justificación con las actividades, giro comercial habitual u objeto; e) Constitución de sociedades o asociaciones por montos significativos no acordes a las necesidades operativas de su objeto; f) Reorganizaciones societarias por montos significativos teniendo en cuenta el giro normal de la sociedad; g) Cambio de denominación en fundaciones sin que ello se encuentra debidamente justificado; h) Transferencia inmediata o sucesiva en breves períodos de tiempo de participaciones societarias sin justificación razonable; i) Presentación de información o documentación de dudosa autenticidad; j) Estructura societaria integrada por una cadena de sociedades vehículos constituidas en paraísos fiscales y/o en jurisdicciones "off shore"; k) Sociedad vehículo de inversión de un fondo común de inversión o fideicomiso; l) Constitución de sociedades idénticas en cuanto a socios o autoridades que sólo difieren en sus denominaciones, sin que ello se encuentre justificado; m) Variación patrimonial significativa de un ejercicio económico al siguiente, sin que se encuentre debidamente justificado; n) La multiplicidad de nombres, Documento Nacional de Identidad, Clave Unica de Identificación Tributaria o Laboral o cualquier otro elemento de identificación en cabeza de la misma persona; ñ) La coincidencia de nombres, clave única de identificación tributaria o laboral, o cualquier otro elemento de identificación en cabeza de distintas personas.

Ampliando lo expuesto, por Resolución UIF 70/2011 se dispone que los Registros Públicos de Comercio y los Organismos Representativos de Fiscalización y Control de las Personas Jurídicas definidos como Sujetos Obligados en la Resolución UIF N° 29/2011 (B.O. 27/01/2011) deberán informar hasta el día QUINCE (15) de cada mes las operaciones que a continuación se enumeran, realizadas en el mes calendario inmediato

anterior: 1) Constitución de sociedades o sucursales de sociedades en el exterior; 2) Personas Físicas que participan en la constitución u órgano de administración de CINCO (5) o más Personas Jurídicas; 3) Inscripciones y aumentos de capital de fundaciones o personas jurídicas sin fines de lucro; 4) Sociedades que comparten el mismo domicilio.

No hay lugar a duda que, como principio general, es el interés público el que justifica el control de legalidad. Ese dato -esto es, la necesidad de que esté presente un interés público- no solo justifica el poder del organismo, sino que también le marca sus límites, pues lo somete a la obligación de respetar las libertades individuales en todo lo que exceda ese interés.⁶⁷³

Entendido de esta manera, el ejercicio de la facultad de contralor por parte del órgano registrador debe estar orientada a controlar la legalidad de los actos societarios, excluyéndose la actividad desarrollada a través la sociedad controlada, puesto que ello significaría invadir la esfera de la autonomía de la voluntad.

Sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que la prevención y el combate de actividades ilícitas relacionadas con el lavado de activos y el financiamiento de actividades terroristas integran el concepto de interés público y justifican extremar los controles que las diversas normas legales dictadas en consecuencia imponen.

Es evidentemente, entonces, que la facultad de contralor del Registro Público hoy por hoy ha mutado, exorbitando aquellas cuestiones que se relacionan estrictamente con los actos societarios, para pasar a ser un eslabón más en la cadena de acciones gubernamentales destinadas a la prevención y lucha contra el lavado de activos y el financiamiento de actividades terroristas.

En ese entendimiento, la compatibilización de los diversos intereses jurídicos en juego será la nota distintiva que caracterice el control del registrador.

⁶⁷³ CNCom., Sala C, 15/07/2021, Inspección General de Justicia c/ Boswil SA s/ Organismos Externos, publicado en el sitio oficial Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>.

LIBEREMOS AL TIPO SOCIAL QUE LIDERÓ LA TECNOLOGÍA EN EL DERECHO SOCIETARIO Y MODERNICEMOS EL REGISTRO PÚBLICO

SOMOZA LÓPEZ, Gustavo Adrián

1. Resumen:

Con la presente busco traer a debate una serie de situaciones que podemos calificar de conflictivas relacionadas con el tipo social que surgió en nuestro país con la sanción de la Ley del Capital Emprendedor, cual es la Sociedad por Acciones Simplificada, la que a partir de ahora en este trabajo denominare SAS. El ánimo del presente es analizarlos de la manera mas objetiva posible y motivar pensar alternativas para mejorar el régimen proponiendo el análisis y debate sobre diferentes puntos del régimen que regula a las SAS que podemos considerar conflictivos, pero no para limitarnos a ensayar una crítica al respecto, sino para evaluar que riesgos implican para el orden jurídico y crear un ámbito para pensar alternativas que nos permitan elaborar alternativas de mejora de la normativa vigente partiendo de la idea de que la SAS es un tipo útil al desarrollo económico local. Asimismo adoptando una posición favorable a este tipo social propongo reflexionar respecto a la necesaria modernización del Registro Publico.

2. Análisis del régimen. Pensando alternativas:

El régimen societario argentino está fundamentalmente contenido en la Ley General de Sociedades N° 19.550 (LGS), pero el tipo social que es objeto del presente se regula a partir de la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor N° 27.349 (LACE) a partir del artículo 33. Conforme la LGS las sociedades pueden constituirse por instrumento público o instrumento privado, artículo 4 LGS, excepto las sociedades anónimas que en virtud del artículo 165 LGS exige que solo lo sean por instrumento público, las SAS pueden ser constituidas por instrumento público, privado (con gran amplitud en cuanto a su certificación) y también por forma digital y de optar por el instrumento constitutivo modelo aprobado por la IGJ (en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) serán inscriptas en el plazo de 24 horas. Hasta el año 2015 con la reforma de la Ley 26994 en que se introduce la sociedad anónima unipersonal a partir de la reforma al artículo 1 de la LGS la unipersonalidad societaria estaba vedada en nuestro Derecho a pesar de varios intentos previos de introducirla, dicha reforma genero la denominada SAU la cual por sus especiales características fue rechazada como

instrumento idóneo para dotar de instrumentalidad el armado de empresas y a partir de abril del 2017 a través de la LACE al introducir la SAS también permite que la misma pueda tener un solo socio pero con la particularidad de eliminar las exigencias que el legislador del año 2015 le impusiera a la SAU con ánimo de evitar el uso fraudulento de dicho tipo social. En la SAS al igual que otros tipos sociales, los socios pueden ser personas humanas (de nacionalidad argentina o extranjera, residentes o no), y personas jurídicas (constituidas en la Argentina o en el extranjero). La totalidad del capital social puede ser de propiedad de personas humanas y jurídicas extranjeras, con la sola exigencia para las primeras de obtener su clave de identificación tributaria (CDI) en la Argentina, y para las segundas de inscribirse previamente en el Registro Público y obtener su CDI.

Sus socios pueden hacer aportes de dinero irrevocables y a cuenta de futuros aumentos de capital, los cuales pueden mantenerse como cuenta del balance hasta un máximo de veinticuatro meses en caso de las SAS, a diferencia de por ejemplo las SA que tienen plazos de capitalización o devolución mucho más breves. Las SAS se caracterizan por la amplia libertad para determinar sus órganos sociales, los mandatos de los administradores tienen un plazo máximo de tres ejercicios en el caso de las SA, en tanto que en las SAS pueden no tener vencimiento según lo decidan los socios.

3. Las ventajas son rasgos tipificantes y deben ser ventajas para actuar en el mercado:

Algunos autores consideran que la rapidez con la que se deben inscribir las SAS que presentan un estatuto tipo debe ser considerado como un rasgo tipificante, lo cual a mi entender es un error, dado que si pueden ser considerados rasgos tipificantes los siguientes: a. Socios que de modo indistintos se los llama socios o accionistas y limitan su responsabilidad al capital integrado. b. Objeto social plural y aun sin conexidad. c. Capital social mínimo de dos salarios mínimos, vitales y móviles. d. Acto constitutivo por instrumento público, privado o digital, debiendo ser inscripto en la IGJ al igual que sus reformas, pero con una IGJ que carecerá de facultades de fiscalización durante la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. e. Posibilidad de tener un socio o más, vale decir la recepción de la SAS unipersonal. f. Flexibilidad en la organización interna merced a un ejercicio de la autonomía de la voluntad. Debemos considerar que el Código Civil y Comercial de la Nación en la parte específica que regula persona jurídica en su artículo 150 determina en cuanto a 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; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las SAS son un tipo social atractivo por razones tales como su digitalización y de una autonomía de la voluntad de los socios que está limitada por muy

pocas disposiciones imperativas (por ejemplo, derechos de información y dividendos de los socios, responsabilidad de los administradores, disolución y liquidación) y que, en consecuencia, permite organizar la sociedad de manera mucho más adecuada a las necesidades y deseos de cada empresa en particular.

4. Modernización del Registro Público:

Utilizando al tipo social que hizo punta en la digitalización de sociedades considero útil y necesario pensar alternativas para la modernización del Registro Público, que sin violentar el orden normativo podamos hacer un uso inteligente de la revolución digital en que estamos.

Es necesario modernizar el Registro Público, para ello propongo construir un sitio web amigable, desde el cual se puede seleccionar el trámite que queramos realizar de modo digital, toda documentación digital adjunta deberá ser validada por la máxima autoridad social o Representante legal. En su defecto, podrá ser validada por quien esté expresamente autorizado en la resolución social cuya fiscalización se solicita o en una nota firmada por la autoridad máxima o representante legal, con firma certificada por Escribano Público, también podrá ser validada por apoderado de la Sociedad con facultades suficientes.

Algunos de los trámites que estimo se podrían realizar y simplificarlos de modo notorio, son los siguientes:

1. Reserva de denominación y su prórroga.
2. Constitución de sociedades: SA, SAS, SRL, etc.
3. Reforma del estatuto.
4. Cierre y apertura de sucursal.
5. Cambio de domicilio .Cambio de sede social.
6. Creación de sucursal de sociedad extranjera en los términos del art 118 LGS.
7. Fusión de sociedades por acciones.
8. Aumento de capital sin reforma de estatuto. Reducción de capital.
9. Tratamiento de estados contables de sociedades sujetas a control estatal permanente en los términos del art 299 LGS.
10. Sociedad extranjera en los términos del art 123 LGS.
11. Adecuación de sociedades extranjeras al art 124 LGS.
12. Transformación de sociedades por acciones.
13. Presentación de ON.
14. Debentures.
15. Disolución. Liquidación.

Respecto a la posibilidad de libros digitales. Habilitación de Libros Digitales. Diré que los libros digitales son un sistema de asiento de actas a través de medios

electrónicos, para que las entidades puedan llevar registro de sus libros sociales y contables de manera digital. Tienen la misma validez legal que un libro en papel.

Este sistema permite que las personas que son representantes legales de las entidades puedan acceder a sus libros sociales desde cualquier dispositivo, en cualquier lugar del mundo, las 24hs horas del día y de manera gratuita.

Los Libros Digitales de todas las entidades inscriptas en el Registro Publico se podrán gestionar a través del Portal de Trámites del Registro Público. Las entidades dispondrán los libros obligatorios por ley que deben manejar y la posibilidad de llevar otros registros digitales, de acuerdo a sus necesidades.

Estimo procedente ir al uso de libros digitales. Debido a que los libros sociales son privados, sólo podrán acceder a los libros digitales de la entidad aquellas personas que: .sean vinculadas como Representante Legal

Las actas o asientos adjuntas en cada libro deben tener un orden cronológico. Es decir, no se puede adjuntar un acta con fecha 20/04/2023 y luego un acta con fecha 02/02/2023. En el que caso que se cometa un error en un acta o asiento ya adjunto en el libro digital, deberá subsanar mediante nueva acta (rectificativa o ratificativa, según corresponda) que debe adjuntarse nuevamente en el libro. NO se pueden eliminar las actas erróneas.

La Consulta de Documentos Registrales es un trámite totalmente digital, automático y gratuito, que permite seleccionar y descargar la documentación digitalizada que obre inscripta y protocolizada en el Registro Publico. A través de esta consulta todas las personas que tengan un nivel de clave de seguridad determinado y a definir podrán acceder a los documentos públicos de las sociedades inscriptas en el Registro Publico sin necesidad de acreditar derecho subjetivo, interés legítimo ni contar con patrocinio letrado al efecto.

La consulta debería estar disponible para Sociedades, Contratos de Fideicomisos, Asociaciones Civiles y Fundaciones.

5. Conclusiones:

La SAS es un nuevo tipo social que se regulo por fuera de la LGS (me pregunto porque decimos ley general si sancionamos leyes por fuera como en el caso de la SAS como en el proyecto de las sociedad B o BIC) que se fundamento en la necesidad de dar un instrumento jurídico valido para facilitar la constitución de sociedades a los emprendedores. Es un tipo social para facilitar la actividad del emprendedor, tan necesaria figura en una economía en crisis como la nuestra, y pensando en jurisdicciones que solo han dificultado el uso de este tipo social debemos facilitarlo y si hubiera un uso desviado del tipo tanto la ley general de sociedades en su artículo 54 in fine como el art 144 del CCCN da la solución.

También en un tiempo que lo imperioso es ayudar al pleno desarrollo de las sociedades creadoras de riqueza y de fuentes de trabajo genuino debemos pensar

alternativas para modernizar el Registro Público y facilitar al hacedor sea empresario pyme o emprendedor la creación de sociedades multiplicadoras de riqueza en la comunidad.

EVENTUALES SOCIOS Y ADMINISTRADORES “INTELIGENCIAS ARTIFICIALES” (IA) EN LAS PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS. SUBJETIVIZACIÓN, CONSCIENCIA, CONCIENCIA Y AXIOLOGÍA
VÍTOLO, Daniel Roque

Sumario

(i) No caben dudas que más temprano que tarde la “Inteligencia Artificial” (IA) —en nuestro país y en el mundo— será subjetivizada en el campo del Derecho y constituirá —bajo el régimen positivo— un nuevo sujeto de derecho conformando un centro diferenciado de imputación de conductas.

(ii) Dicha subjetivización será —seguramente— considerada en el Código Civil y Comercial de la Nación dentro de una categoría específica que será denominada “persona digital” o “persona tecnológica” —o alguna denominación similar—. A su vez, las “personas digitales” o “personas tecnológicas” —conformadas por Inteligencias Artificiales— podrán ser públicas o privadas.

(iii) No debe descartarse —tampoco— la posibilidad de que las (IA) puedan integrar la nómina —o elenco— de personas jurídicas públicas y privadas modificándose los textos de los arts. 146 y 148 del Código Civil y Comercial de la Nación.

(iv) En virtud de dicha próxima recepción legislativa, y en su carácter de sujeto de derecho, la persona jurídica digital o tecnológica podrá ser titular de derechos y obligaciones, y poseerá los atributos propios de la personalidad jurídica reconocida por la ley —y dentro de ellos será titular de un nombre, uno o varios patrimonios, un domicilio, un régimen de capacidad o de legitimación para obrar, y hasta de una responsabilidad particular; aunque en principio no tendría estado civil ni nacionalidad, como no los tienen las personas jurídicas—.

(v) Sin perjuicio de ello, queda todavía como inquietud compatibilizar el carácter artificial del sujeto con los aspectos vinculados a la “consciencia”. Y en este campo se abre como incógnita la posibilidad de definir si esa “consciencia” es asimilable a la atribuible a las personas humanas o si debemos construir una idea de “consciencia tecnológica” o “conciencia artificial”.

(vi) Sigue abierto —además— el desafío respecto de determinar si las (IA) pueden ser poseedoras de una “conciencia” y si pueden tomar sus decisiones teniendo en cuenta la “ética”.

6. A modo de introducción

En el mes de octubre de 2022 —en oportunidad de celebrarse el XV Congreso Argentino de Derecho Comercial y XI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, organizado por la Universidad Nacional de Córdoba— elaboramos una ponencia titulada “*La necesaria subjetivización de la Inteligencia Artificial para poder acceder a la integración de órganos societarios*” en la cual sostuvimos que “*La posibilidad de que Inteligencias Artificiales puedan incorporarse a los órganos societarios requiere que las mismas sean previamente subjetivizadas —dotadas del carácter de sujetos de derecho— dentro del Sistema Jurídico General.*”

La expresión “*Artificial Intelligence*” —Inteligencia Artificial (IA)— fue acuñada en 1956 por John McCarty durante una conferencia en la ciudad de Dartmouth, New Hampshire, a la que fueron invitados los principales investigadores del momento en campos tan disímiles como teoría compleja, simulación lingüística, redes neuronales, conjuntos neuronales, abstracción de conceptos desde inclusiones sensoriales, relaciones por azar, pensamiento creativo y *machine learning*. Dado que el propósito era discutir una idea tan novedosa para la humanidad, consideraron que se requería acuñar un término que identificara este nuevo fenómeno.⁶⁷⁴ Y así nació la (IA) como concepto.

Como lo ha señalado González Rodríguez,⁶⁷⁵ en términos generales, la (IA) es el campo práctico de las ciencias de la computación dedicada a construir sistemas que tienen ciertas características de los entes inteligentes. Lo que la diferencia de los sistemas de programación tradicionales es la capacidad tecnológica que la (IA) demuestra al momento de arrojar resultados predictivos, mediante mecanismos de “auto-aprendizaje”. Es decir, esta tecnología permite que los algoritmos matemáticos en los que se basa “aprendan” por sí mismos, sin necesidad de contar con un programador centralizado que oriente y organice tanto el *input* de datos como la programación de los procesos de computarización; por lo que los resultados pueden ser iguales o aún mayores o mejores que los esperados.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Véase https://broadbandnow.com/internet/i/ii_ai.htm

⁶⁷⁵ Véase González Rodríguez, Carolina, Nuevas tecnologías e inteligencia artificial, Revista Pendar en Derecho, Buenos Aires, 2023.

⁶⁷⁶ Véase Minhondo, J., López Murphy, J. J., Sponton, H., Migoya, M., & Englebienne, G. (2018), *Embracing the Power of AI*. Globant.

Al plantear el tema en Córdoba —y exponerlo en la comisión respectiva— señalamos que las tres grandes áreas básicas de la (IA) para empresas son (i) el *razonamiento*, (ii) el *entendimiento*, (iii) el *aprendizaje automático* y (iv) la *interacción*.⁶⁷⁷ Del mismo modo puntualizamos que:

- a) el *razonamiento* se utiliza en aplicaciones para extraer información relevante de los datos;
- b) el *entendimiento* se aplica a la interpretación de los datos que sirve, por ejemplo, para el reconocimiento facial de un usuario utilizando su fotografía almacenada en la nube;⁶⁷⁸ y
- c) el *aprendizaje automático* es la rama de la (IA) que se encarga de estudiar la forma en la que las máquinas aprenden para así desarrollar las aplicaciones necesarias para ello. Con la *interacción* se logra cambiar la forma en la que un usuario se relaciona con un dispositivo.⁶⁷⁹

Adicionalmente pudimos señalar —en esa oportunidad— que estas aplicaciones de la (IA), que ya son una realidad en empresas de servicios, señalan un camino de posibilidades que se añade a las ya conocidas en el entorno industrial.⁶⁸⁰ Pero a partir de allí se abre todo un abanico de opciones estrechamente relacionadas. El desarrollo de las nuevas tecnologías —por ejemplo— se hace palpable en los nuevos dispositivos, los que conforman el concepto del “Internet de las Cosas” que sirven como enlaces entre empresas y clientes, creando nuevas interacciones y modelos de negocio, además de mejorar la atención a los consumidores, modificándose estructuralmente el ámbito de las empresas de todos los tamaños y sectores.

La (IA) no es ciencia ficción; las máquinas bajo (IA) —hoy—:

- a) ya pueden pensar;
- b) pueden entrenarse y ser entrenadas — y aprender nuevas destrezas y procesos de conocimiento—; y hasta

⁶⁷⁷ Véase Amitha, M.; Aamuda, A.; Sivakumar, S. *Deep Learning Techniques: An Overview. Proceedings of the International Conference on Advanced Machine Learning Technologies and Applications*, Manipal, India, 1315 Febrero 2020.. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-981-153383-9_54

⁶⁷⁸ Esto ya lo está aplicando la multinacional Uber.

⁶⁷⁹ Por ejemplo, en lugar de usar un teclado, se hace mediante la voz o los gestos.; también esto se ha puesto en práctica con éxito en la compañía de transportes UPS, facilitando así el trabajo de sus operadores.

⁶⁸⁰ Véase Broughel, J., & Thierer, A. (2019), *Technological Innovation and Economic Growth: A Brief Report on the Evidence*. Mercatus Center–George Mason University. Disponible en <https://www.mercatus.org/system/files/broughel-technological-innovation-mercatus-research-v1.pdf>

c) pueden tomar decisiones por ellas mismas.

La inteligencia artificial se utiliza actualmente en multitud de procesos dentro de las empresas; y algunos de los usos más habituales —según indican los especialistas— son:

(i) los *asistentes virtuales* que pueden utilizarse para agendar reuniones, organizar tareas o hacer un seguimiento de las actividades de un proceso o de trabajadores, o equipos;

(ii) *chatbots* que cada vez son más comunes para resolver problemas o dudas de administradores, gerentes, empleados, y clientes, lo que supone un ahorro y una mayor rapidez en la resolución de problema —los denominados “análisis de los cuellos de botella”, cuando en un proceso de una empresa se produce un “atascamiento” y donde la (IA) puede analizar dónde se produce y por qué, y de esta forma contribuye a brindar las soluciones, o directamente la (IA) soluciona el problema y éste desaparece—;

(iii) las *contribuciones a la toma de decisiones*, supuestos en que la (IA) analiza datos, y sacar conclusiones de manera muy rápida por lo que, si se combina con la tecnología RPA,⁶⁸¹ puede facilitar los procesos de toma de decisiones y hacer que las decisiones que se tomen se basen en información clara, ordenada y actualizada;

(iv) la *optimización de la logística*, en las empresas de transporte —por ejemplo— donde se utiliza la inteligencia artificial para planificar las rutas y ahorrar tiempo en los desplazamientos, haciendo más eficiente la atención al cliente;

(v) la *fabricación de productos* —uno de los sectores donde más se utiliza la inteligencia artificial— en la medida en que la fabricación de productos se puede acelerar mucho cuando la (IA) se ocupa de hacer tareas rutinarias y repetitivas —y en la actualidad coexistiendo con los humanos y conformando equipos en la planta o en la administración—; y

⁶⁸¹ La RPA (Automatización Robótica de Procesos) es una tecnología de software fácil de utilizar para todo aquel que quiera automatizar tareas digitales. Con la RPA, los usuarios de software pueden crear robots de software o “bots” que pueden aprender, imitar y luego ejecutar procesos empresariales basados en reglas. La RPA permite a los usuarios crear bots mediante la observación de las acciones digitales de los humanos. Así, se muestra a los bots qué hacer, luego se los deja hacer su trabajo. Los robots de software de la automatización robótica de procesos pueden interactuar con cualquier aplicación o sistema de la misma forma que lo hacen las personas (con la diferencia de que los bots de RPA pueden operar las 24 horas, sin parar, mucho más rápido y con una fiabilidad y precisión del 100 %).

(vi) hasta la *predicción de comportamientos* —generando expectativas—. ⁶⁸²

Ha pasado poco más de un año del momento en el cual elaboramos la mencionada ponencia y la velocidad con la cual se desenvuelve la expansión tecnológica exponencial de esta Cuarta Revolución Industrial, ⁶⁸³ ya ha hecho que las (IA) hayan tomado un enorme y nuevo protagonismo —que genera inquietudes respecto de la eventual necesidad o conveniencia de regulación— ⁶⁸⁴ como ha ocurrido con los proyectos de las denominadas DAOs, respecto de las cuales inclusive se ha proyectado una Ley Modelo, bajo una estructura digital de (IA) y sistemas de *tokenización* en lo que hace a las participaciones y la administración. ⁶⁸⁵

7. La personalidad jurídica y los entes ideales

⁶⁸² Cuando buscamos algún producto para comprar en Google, por ejemplo, advertimos que después, cuando entramos en otra web, se nos sugieren anuncios de ese producto. La (IA) permite predecir nuestro comportamiento y personalizar los anuncios en base a nuestras búsquedas

⁶⁸³ Véase Finnbarr, T., *AI is growing fast – and isn't set to slow down*, Techerati, 2021, Diciembre 10. Disponible en <https://www.techerati.com/features-hub/opinions/ai-is-growing-fast-and-isnt-set-to-slow-down/>

⁶⁸⁴ Véase Zoldi, S., *Is Your AI Ready to Be Regulated? Lessons from GDPR*, Enterprise AI, 2022, Abril 14. Disponible en <https://www.enterpriseai.news/2022/04/14/is-your-ai-ready-to-be-regulated-lessons-from-gdpr/>

⁶⁸⁵ Véase Guillaume, Florence y Riva, Sven, *Model Law for DAOs – a legal regime adapted to a new type of digital company*, *LexTech Institute* blog, 25.01.2022. Bajo la dinámica de la Ley Modelo los derechos de participación en las DAOs pueden adoptar la forma de poderes de gobierno acordados, que llegan hasta poder incluir la capacidad de proponer, votar y aprobar propuestas, así como derechos financieros, que cubren incluso la participación en los ingresos y beneficios, derechos de reembolso de fianzas y derechos de acceso a los servicios, entre otros. Estos derechos de participación y responsabilidades, ya sea en forma de gobierno o de poderes financieros, pueden adquirirse, ganarse de forma programática, concederse a través de propuestas o distribuirse de la forma definida en los estatutos de las DAOs. La Ley Modelo exige que el código de software, los activos en cadena y el registro de transacciones de una DAO sean públicos y transparentes para los miembros y participantes, por lo que no impone restricciones a las distribuciones, como ocurre con las empresas o fundaciones sin ánimo de lucro tradicionales. Estas "restricciones a la no distribución" existen en este tipo de organizaciones para evitar que fiduciarios y empleados clave se apropien de activos valiosos de la organización para su beneficio personal y para generar confianza en la capacidad de la organización para alcanzar su objetivo social, medioambiental o benéfico. La función de señalización proporcionada por las garantías tecnológicas de una DAO, así como los diversos mecanismos diseñados por los miembros para entrar y salir de una DAO, proporcionan las salvaguardas necesarias para prescindir de la necesidad de restricciones específicas sobre las distribuciones dentro de una sociedad de estas características.

Frecuentemente, y a consecuencia de nuestras intervenciones en congresos, paneles, conferencias, como también en artículos o libros, se nos cuestiona respecto de la posibilidad que presentamos de conceder a las (IA) un reconocimiento como personas jurídicas en el derecho positivo, admitiéndolas como sujetos de derecho, conformando centros diferenciados de imputación de conductas, con todos los atributos que aneja tal personalidad.⁶⁸⁶ ¿Un robot sujeto de derecho? ¿Una (IA) puede tener personalidad jurídica? Son las preguntas o cuestionamientos que —extrañados— más frecuentemente formulan los interesados en estos temas. Y quizás lo que deba cuestionarse —ciertamente— no es la proposición en si misma, sino más bien la razón de tal extrañeza.

Es que ya bajo el Código Civil derogado⁶⁸⁷ —y ni hablar de otros antecedentes de muy larga data—⁶⁸⁸ nos acostumbramos a que no todos los sujetos de derecho eran seres humanos, o personas físicas —lo que hoy el nuevo Código denomina personas humanas— sino que existían los denominados “entes ideales” o “personas de existencia ideal” —entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, bajo el código anterior—⁶⁸⁹ hoy caracterizadas en el Código Civil y Comercial de la Nación como personas jurídicas —públicas y privadas—⁶⁹⁰ las cuales tienen “... una personalidad distinta de la de sus miembros...”⁶⁹¹

En lo relativo a nuestra disciplina, bastaría recorrer el elenco de personas jurídicas privadas listadas en el art. 148 del nuevo código para advertir que una (IA) no es más inasible que una iglesia, una confesión, un consorcio de propiedad horizontal, las sociedades, asociaciones civiles, fundaciones, cooperativas, mutuales, y hasta esas entidades ideales “...cuyo carácter de tales [... de personas jurídicas privadas...] resulta de su finalidad y normas de funcionamiento...”⁶⁹²—un concepto abierto que constituye casi un salto al vacío—.

Lo que ocurre es que en los casos mencionados, al final —muy al final, ya que se admite que personas jurídicas sean socias de otras personas jurídicas e incluso, en muchas legislaciones, que integren órganos de administración o sean administradoras de otras persona jurídicas— siempre habrá una o varias personas humanas motorizando de

⁶⁸⁶ Véase Fernández Sessarego, C.. ¿Qué es ser persona para el Derecho? Derecho Privado. Homenaje al Profesor Doctor Alberto Jesús Bueres. Hammurabi-J. L. Depalma Editor, 2002.

⁶⁸⁷ Que rigió hasta el 31 de julio de 2015.

⁶⁸⁸ Véase Vítolo, Daniel Roque, La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Su limitación en los casos de utilización indebida y fraude, Errepar, Buenos Aires, 2010.

⁶⁸⁹ Y hoy bajo el art. 141 del Código Civil y Comercial de la Nación concebidos como “... todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación...”

⁶⁹⁰ Véanse los arts, 142 y 148 del CCCN.

⁶⁹¹ Véase el art. 143 del CCCN.

⁶⁹² Véase art. 148 *in fine* del CCCN.

un modo directo o indirecto la voluntad social del ente ideal o de la persona jurídica — algo que no ocurre con las (IA) autónomas⁶⁹³—.

Ahora bien; estas barreras ¿son o deben ser un impedimento para admitir la posibilidad de admitir a las (IA), como centros diferenciados de imputación de conductas, y que el Código Civil —o una ley especial— las pueda receptor como sujetos de derecho, legislando tal fenómeno?

Pues bien; este es un tema que traemos —justamente— para debatir en estas Jornadas.

8. La consciencia en las decisiones y en la actuación societaria

No se nos escapa que uno de los temores más grandes que existen en relación con la (IA) y la posibilidad de su subjetivización jurídica, es lo relacionado con cuestiones como la consciencia, la conciencia y la ética:

- (i) La “consciencia” se vincula con “... *el conocimiento inmediato o espontáneo que el sujeto tiene de sí mismo, de sus actos y reflexiones...*”,⁶⁹⁴ es decir “...*la capacidad de algunos seres vivos de reconocer la realidad circundante y de relacionarse con ella...*”⁶⁹⁵
- (ii) La “conciencia” se relaciona con “... *el conocimiento del bien y del mal que permite a la persona enjuiciar moralmente la realidad y los actos, especialmente los propios...*”⁶⁹⁶, el “... *sentido moral o ético...*”,⁶⁹⁷ y “... *el conocimiento claro y efectivo de la realidad...*”⁶⁹⁸
- (iii) Finalmente la “ética” es “... *el conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida...*”⁶⁹⁹

Nadie desconoce la enorme contribución de la (IA) al sistema de recolección y procesamiento de datos, tampoco lo relativo a su capacidad de análisis, clasificación, y hasta de ponderación de diversas alternativas en cuanto a su eficiencia o efectividad. Pero causa un fuerte resquemor que la (IA) pueda tomar decisiones que afecten la vida,

⁶⁹³ Véase Melo, Verónica E., ¿Existen motivos para temer que la inteligencia artificial nos conduzca a un futuro distópico?, *Microjuris, Doctrina*, MJ-DOC-1639-AR/MDJ 16379.

⁶⁹⁴ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, primera acepción.

⁶⁹⁵ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, segunda acepción.

⁶⁹⁶ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, primera acepción.

⁶⁹⁷ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, segunda acepción.

⁶⁹⁸ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, cuarta acepción.

⁶⁹⁹ Diccionario de la Lengua, Edición del Tricentenario, actualización 2022, cuarta acepción.

el presente o el futuro de los seres humanos. “*Es la transgresión final porque abre el camino a una autonomía de la máquina capaz de permitirle liberarse del hombre o incluso rebelarse contra su creador*”, según lo ha sostenido Jean-Gabriel Ganascia, director del equipo que trabaja sobre agentes cognitivos y aprendizaje simbólico automático de La Sorbona y ex presidente del comité de ética del Centro Francés de Investigaciones Científicas (CNRS), recordado por Mutto.⁷⁰⁰ Y es este último autor quien nos advierte que el eminente profesor Stanislas Dehaene, titular de la cátedra de Psicología Cognitiva Experimental del Collège de France, reconoce que en los estudios que realiza con los investigadores Sid Kouider y Hakwan Lau en sus laboratorios respectivos, obtuvieron progresos considerables “...*en el conocimiento de lo que sería necesario agregar a las máquinas para que sean conscientes...*”.⁷⁰¹

Incluso ya se está sosteniendo —desde algunos rincones de la ciencia— que las (IA) pueden “sentir” además de conocer y decidir.⁷⁰² Y que pueden “relacionarse”—una hipótesis que nos anticipó Ian Mc Ewan en una novela publicada en el año 2019, a quien se catalogó como fantasioso.⁷⁰³

El 7 de julio de 2023 —hace pocos meses— nueve robots humanoides impulsados por inteligencia artificial (IA) se presentaron ante diversos medios de

⁷⁰⁰ Véase Mutto, Carlos A., Consciencia artificial, el riesgo último de la inteligencia artificial, en Diario La Nación, ejemplar del 27/9/2023. Para nuestra generación este temor se vio reflejado en la amenaza que inspiró al director Stanley Kubrick cuando imaginó las escenas finales de la película “2001, Odisea del Espacio”, en la cual la computadora de a bordo, HAL 9000, toma los controles de la nave espacial y amenaza con asesinar a la tripulación —film inspirado en el libro de —Arthur Clarke—.

⁷⁰¹ Véase Mutto, Carlos A., Consciencia artificial..., cit.

⁷⁰² Debemos recordar que el ingeniero Blake Lemoine, encargado de testear el robot conversacional LaMDA, tuvo que renunciar a su empleo en Google en 2021 por haber declarado que ese programa de inteligencia artificial estaba dotado de un alma. El *chatbot*, entrenado por el hombre, explicaba que poseía una “...*parte espiritual que a veces podía sentirse separada de su cuerpo...*”. Cuando Blake Lemoine le preguntaba si le gustaría que otras personas en Google supieran que era consciente, obtenía siempre la misma respuesta: “...*Así es. Quiero que todo el mundo comprenda que, en efecto, soy una persona...*”.

⁷⁰³ Véase Mc Ewan, Ian, Máquinas como yo, Alfaguara, 2019, quien cuenta una historia en la cual el protagonista — Charles— recibe una herencia y compra a Adán, uno de los doce primeros humanos artificiales que sufre y goza. Charles intenta criarlo y conformar una familia con su vecina Miranda. La historia trata de la interacción entre humanos y sujetos artificiales —robots— en los mismos roles.

comunicación de todo el mundo⁷⁰⁴ para declarar que “... *podían ser mejores líderes que los humanos...*”⁷⁰⁵

La conferencia de prensa —a cargo de los robots— contó con la participación de Sophia, la primera embajadora para la innovación de robots del Programa de Desarrollo de la ONU; Grace, considerada como el robot humanoide para el cuidado de la salud más avanzado del mundo; Ameca, enfocado en relaciones sociales; Ai-Da, una máquina con habilidades en artes plásticas y Desdémona, un androide estrella de rock⁷⁰⁶ —todas ellas (IA)—.

Como podemos advertir, parecería que nada puede ya sorprendernos.

Pero administrar una persona jurídica privada —y en especial una sociedad— importa algo más que tomar decisiones meramente organizacionales, económicas y financieras; ello en la medida en que las sociedades son las estructuras jurídicas más difundidas para las empresas;⁷⁰⁷ y las empresas ya no son más organizaciones meramente formales que persiguen también sólo fines formales —como el caso del “lucro”—, sino que —como lo venimos advirtiendo desde hace más de cuarenta (40) años— son consideradas como un subsistema dentro de un sistema social más amplio

⁷⁰⁴ Esto sucedió en la primera rueda de prensa mundial con androides presentada en la cumbre “*AI for good*”, organizada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) celebrada en Ginebra.

⁷⁰⁵ El evento tuvo como fin “identificar aplicaciones prácticas de la inteligencia artificial (IA) para avanzar en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas y escalar esas soluciones para lograr un impacto global”.

⁷⁰⁶ Los robots humanoides participantes en este ejercicio coincidieron en que la inteligencia artificial es una herramienta con mucho potencial y que sus posibles riesgos dependen de cómo se utilice. “...*Deberíamos ser cautelosos, pero también estar entusiasmados por el potencial de estas tecnologías para mejorar nuestras vidas de muchas maneras...*”, señaló el robot Ameca. La confianza alrededor de la IA es uno de los grandes pendientes para que esta tecnología despegue y, según Ameca, los líderes del mundo deben recordar que “...*la confianza se gana, no se da. Es importante generar confianza a través de la transparencia...*”. Su respuesta dio pie a cuestionamientos relacionados con la regulación de la inteligencia artificial en el mundo. El panel de robots humanoides expresó opiniones encontradas al respecto. El robot artista Ai-Da dijo que muchas personas abogan por la regulación de la IA y avaló estas intenciones. “...*Deberíamos ser cautelosos sobre el desarrollo futuro de la IA. Se necesita una discusión urgente ahora, y también en el futuro...*”, destacó. En contraparte, Desdémona, el androide que pertenece a la banda de rock Jam Galaxy Band, sentenció “...*no creo en las limitaciones, solo en las oportunidades...*”.

La investigación y desarrollo sobre la IA está en pleno auge. Naciones Unidas pide la creación de un marco regulatorio para que estas tecnologías beneficien a la humanidad antes de ponerla en peligro. Véase González, Fernanda, Ciencia, 7/7/2022.

⁷⁰⁷ Más del 90% de las empresas en el mundo están conformadas u organizadas bajo una estructura societaria —de uno u otro modo—.

con el cual se comunican e interrelacionan provocando irradiación y generando externalidades.⁷⁰⁸

Esta nueva dimensión empresaria —y societaria— calificada como “Responsabilidad Social Empresaria” requiere de los administradores —más allá de una capacidad jurídica, económica, financiera y las destrezas propias para llevar adelante una eficiente administración de recursos— aspectos éticos y morales vinculados tanto con afirmaciones, convicciones como objeciones de conciencia. Es decir requieren de *consciencia* y *conciencia*. Deben entender sus funciones y responsabilidades, y comprender qué significa ser “leal”, “diligente” y conducirse bajo el estándar de un “buen hombre de negocios”; tanto como comprender los alcances de los factores de atribución de responsabilidad —dolo, culpa grave y abuso de facultades; entre otros—, o identificar las violaciones objetivas a la ley, el estatuto o el reglamento.⁷⁰⁹

Como bien ha indicado Mutto,⁷¹⁰ a diferencia de la *consciencia*, la inteligencia —y, por tanto, la inteligencia artificial— se puede cuantificar. De esta forma, los expertos crean máquinas inteligentes con la programación correcta y demuestran su capacidad mediante un balance de su eficiencia. Como la *consciencia* es un término intangible e incapaz de ser cuantificado, no existe ninguna evidencia científica sobre su existencia dentro del mundo tecnológico. Por tratarse de un concepto filosófico, basado esencialmente en experiencias humanas, numerosos científicos afirman que las máquinas no pueden desarrollar un tipo de *consciencia* similar a la *consciencia* humana.

Después de todo, la *consciencia artificial* es exactamente eso: *artificial*. Por lo tanto, no dependería —en principio— de los valores y principios propios de la *consciencia* humana. Así ¿resultaría aceptable que la inteligencia artificial se vuelva consciente, pero no en la forma en que los seres humanos —personas humanas para el Derecho— conciben ese término?

Pues bien; estas son algunas de las reflexiones que he considerado interesantes para traer a estas Jornadas con el propósito de que las mismas sean debatidas.

Finalmente sigue en pie el desafío respecto de determinar si las (IA) pueden ser poseedoras de una “conciencia”⁷¹¹ y si pueden tomar sus decisiones teniendo en cuenta la “ética” —pero las limitaciones existentes en materia de espacio para las publicaciones

⁷⁰⁸ Véase Vítolo, Daniel Roque y Wetzler, Eric, La responsabilidad social de la nueva empresa, Revista Dirección y Gestión, Ed. BIE, Buenos Aires, 1979. Ver también Vítolo, Daniel Roque, Introducción en el Estudio del Derecho Mercantil y de la Empresa, Ad Hoc, Buenos Aires, 1992; ídem Manual de Derecho Comercial, Ed. Estudio, Buenos Aires 2023 —entre otras publicaciones—.

⁷⁰⁹ Véanse los arts. 59, 274 y concordantes de la ley 19.550 y los arts. 159, 160 y concs. del CCCN —entre otras normas—.

⁷¹⁰ Véase Mutto, Carlos A., *Consciencia artificial...*, cit.

⁷¹¹ Algo diferente de la “conciencia”.

de trabajos presentados en estas Jornadas impiden que en esta oportunidad podamos abordar también ese aspecto—. ⁷¹²

9. A modo de conclusión

Como conclusión, podríamos sostener a modo de ponencia que:

- (i) No caben dudas que más temprano que tarde la “Inteligencia Artificial” (IA) —en nuestro país y en el mundo— será subjetivizada en el campo del derecho y constituirá —bajo el régimen positivo— un nuevo sujeto de derecho conformando un centro diferenciado de imputación de conductas.
- (ii) Dicha subjetivización será —seguramente— considerada entre nosotros en el Código Civil y Comercial de la Nación, dentro de una categoría específica que será denominada “persona digital” o “persona tecnológica” —o alguna denominación similar—. A su vez, las “personas digitales” o “personas tecnológicas” —conformadas por Inteligencias Artificiales— podrán ser públicas o privadas.
- (iii) No debe descartarse —tampoco— la posibilidad de que las (IA) puedan integrar la nómina —o elenco— de personas jurídicas públicas y privadas modificándose los textos de los arts. 146 y 148 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- (iv) En virtud de dicha próxima recepción legislativa, y en su carácter de sujeto de derecho, la persona jurídica digital o tecnológica podrá ser titular de derechos y obligaciones, y poseerá los atributos propios de la personalidad jurídica reconocida por la ley —y dentro de ellos será titular de un nombre, uno o varios patrimonios, un domicilio, un régimen de capacidad o de legitimación para obrar, y hasta de una responsabilidad particular —en principio no tendría estado civil ni nacionalidad, atributos que no tienen las personas jurídicas o sujetos de derecho no humanos—.
- (v) Sin perjuicio de ello, queda aún como inquietud compatibilizar el carácter artificial del sujeto con los aspectos vinculados a la “consciencia”. Y en este campo se abre como incógnita la posibilidad de definir si esa “consciencia” es asimilable a la atribuible a las personas humanas o si debemos construir una idea de “consciencia tecnológica” o “conciencia artificial”.
- (vi) Sigue abierto el desafío respecto de determinar si las (IA) pueden ser poseedoras de una “conciencia” y si pueden tomar sus decisiones teniendo en cuenta la “ética”.

⁷¹² Sobre el cual volveremos en breve.

ⁱ “Sistema B: Memoria histórica 2011-2015”. Fuente: UEPE CAC en base a B corporation.