

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES COMENTADA

TOMO II

ARTS. 74 A 206

RICARDO A. NISSEN

CAPÍTULO I - DISPOSICIONES GENERALES - CONT.

SECCIÓN X - DE LA TRANSFORMACIÓN

ART. 74.—

Concepto, licitud y efectos. Hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos. No se disuelve la sociedad ni se alteran sus derechos y obligaciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 1º, 28, 90, 94, 131, 139, 140 párrafo 2º, 145, 160, 244, 245; Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 170; LSCUruguay: art. 104.

§ 1. Concepto e importancia de la transformación de sociedades

Transcribiendo la clásica definición de Ferrara, la transformación consiste en la adopción por la sociedad de un tipo distinto al adoptado originalmente, con la consecuencia de tener que someterse, en lo sucesivo al régimen correspondiente al nuevo tipo, quedando libre de las normas que la regían hasta ese momento⁽¹⁾.

La ley 19.550 otorga a los interesados en la constitución de una sociedad comercial una amplia gama de posibilidades para la organización de su empresa, que va desde el sencillo marco de la sociedad colectiva hasta la complejidad del funcionamiento de la sociedad anónima, pensada para albergar gran cantidad de accionistas, interesados en la concentración de capitales, para el desarrollo de un emprendimiento de magnitud.

No es de extrañar entonces que los integrantes de una sociedad colectiva, constituida para una explotación comercial modesta, y cuyo funcionamiento se caracteriza por la flexibilidad de sus órganos sociales y la simplicidad en la confección de los estados contables, decidan adoptar otro de los tipos previstos en la ley 19.550, de mayor aptitud para albergar mayores capitales, aunque un análisis de lo que la realidad exhibe, ilustra que el verdadero propósito de la transformación de la sociedad, en el ejemplo dado, lo constituye la necesidad de limitar la responsabilidad de los socios, desligando su patrimonio personal del resultado del giro de los negocios, lo cual, en puridad, constituye una actuación de los órganos sociales reñida con el fin societario y encuadrada en los claros términos del art. 54 in fine de la ley 19.550.

Lejana se encuentra ya, a tenor de la clara disposición del art. 74 de la ley 19.550, la polémica que dividiera en su época a la doctrina nacional, sobre la identidad del sujeto de derecho transformado, pues se sostenía, frente a la ausencia que toda referencia a la transformación en el derogado Código de Comercio, que el acto en análisis implicaba la extinción de la sociedad transformada y el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, tesis que se encuentra hoy plenamente superada, frente a la caridad de la norma del art. 74, que expresamente prevé que la sociedad no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones.

En decir que, de acuerdo con la ley 19.550, la transformación no implica la disolución de la sociedad transformada, sino que, transcribiendo a Montoya Manfredi, ese acto supone la continuación del mismo organismo social modificado en su forma, aunque con el anterior sustrato personal y patrimonial. Es el mismo sujeto jurídico titular de los derechos y obligaciones nacidos bajo la forma que se abandona, quien asume las relaciones jurídicas futuras, aunque aparezca revestido externamente de una forma social diferente⁽²⁾.

Así también lo ha reconocido la jurisprudencia, habiendo sido resuelto que la transformación societaria es un cambio de estructura de la sociedad, que varía su tipo, pero no hay disolución de la anterior sociedad. Esto es, la sociedad sigue siendo la misma, pero bajo otro tipo, sin variar la personalidad jurídica de ella, pues la sociedad cambia la forma sin cambiar su personalidad⁽³⁾.

La construcción, elaborada por la ley 19.550 sobre la identidad del sujeto, asumida mediante la técnica de la transformación, tiene indiscutibles ventajas, pues no se opera con el cambio de tipo social una sucesión de las obligaciones, ni una transmisión de obligaciones, ni tampoco una novación subjetiva. Hay simplemente una continuidad en el sujeto que se ha transformado, que se traduce en el mantenimiento de las relaciones jurídicas preexistentes en el mismo estado en que se hallaban con la consiguiente economía de formalidades⁽⁴⁾.

§ 2. Transformaciones forzosas y transformaciones prohibidas

Si bien rige, en la materia que se analiza, el sistema de la libertad para la transformación, nuestra ley establece algunas limitaciones para llevar a cabo ese acto:

a) En primer lugar, la transformación implica que la sociedad que resuelve ese acto, haya adoptado un tipo legal previsto y adopte otro de los establecidos legalmente. Ello surge del claro texto del art. 74 de la ley 19.550, y constituye un obstáculo para que las sociedades irregulares y de hecho, que no son un tipo social sino una clase de sociedades, que funcionan en infracción a las normas de forma previstas por el legislador, puedan transformarse en sociedades regulares. Cabe señalar sobre el tema que si bien, y salvo algunos precedentes aislados⁽⁵⁾, la doctrina y jurisprudencia eran pacíficas en no admitir la transformación de sociedades irregulares o de hecho en sociedades regulares, la ley 22.903 ha admitido, para aquellas, el instituto de la regularización, conforme al cual pueden adoptar un tipo social previsto en la ley, a través de un procedimiento muy similar a la transformación.

b) Asimismo, hay ciertos límites previstos legalmente que obstan a la transformación de una sociedad en determinados tipos sociales, como por ejemplo, cuando una sociedad anónima desarrolla una actividad sólo permitida a entes constituidos bajo esta forma (actividades financieras, de seguros, administradores de fondos comunes de inversión), no podría transformarse en otro tipo de sociedad, al cual el desarrollo de estas actividades le estuviese prohibido (art. 20 de la ley 19.550). De la misma manera, y como ejemplifica Cámara⁽⁶⁾, tampoco podría una sociedad comercial de más de cincuenta socios, transformarse en una sociedad de responsabilidad limitada, la cual sólo puede albergar, como máximo, esa cantidad de socios, por expresa previsión legal (art. 146 in fine).

c) Contrariamente a lo expuesto en los párrafos anteriores, hay otros supuestos en que la transformación de la sociedad es un camino que la ley 19.550 otorga para evitar la disolución de la sociedad. Por ello, cuando la doctrina habla de "transformaciones forzosas u obligatorias", no se está refiriendo a supuestos en que la transformación opera ministerio legis⁽⁷⁾, esto es, por voluntad de la ley, sino cuando la transformación ha sido prevista como un acto societario necesario para superar obstáculos que colocan a la sociedad en un supuesto de disolución forzosa, y ejemplo de lo expuesto lo encontramos en lo dispuesto por los arts. 28, 90, 94 bis, 140, 145 y 324 de la ley 19.550, a cuya lectura remitimos.

§ 3. La transformación de pleno derecho

La transformación de pleno derecho es una desafortunada innovación de la inefable [ley 26.994](#), que, respecto a la reducción a uno del número de socios, eliminado dicho supuesto como causal disolutoria en el actual art. 94, dispuso que "La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho a las sociedades en comandita, simple o por acciones y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decide otra solución en el término de tres meses".

Es absolutamente y jurídicamente imposible que pueda producirse una transformación de pleno derecho en una sociedad comercial, cuando la celebración de este acto importa una serie de trámites, enumerados en el [art. 77](#) de la [ley 19.550](#), que no pueden ser dejados sin efecto de un solo plumazo, mediante una figura que carece de todo antecedente legal.

¿Cómo podría sostenerse que, sin dichos trámites, una sociedad de los tipos previstos en el art. 94 bis de la [ley 19.550](#), pasan a ser gobernadas, en todos sus aspectos, por la normativa de un tipo societario diferente? Esta pregunta carece de toda explicación en la [ley 19.550](#).

La transformación implica una reforma del contrato social, de tanta importancia que, al igual que acontece con la fusión y escisión, la inscripción de la misma en el Registro Público de Comercio tiene efectos constitutivos y su nuevo instrumento social vigencia desde su toma de razón. Mal podría sostenerse que, de un día para otro, la sociedad de capital e industria o comandita, pueda cambiar —sin decisión asamblearia alguna— de denominación social, capital, régimen de sus participaciones sociales, naturaleza de sus órganos, etc. Ello es sencillamente impensable.

En esta misma línea de opinión, Vítolo sostiene que la transformación de pleno derecho a que se refiere el art. 94 bis de la [ley 19.550](#) es directamente incomprensible, pues si lo que se trata es de no admitir la unipersonalidad sino "solo" bajo el tipo de sociedades anónimas, ¿cómo puede ser que se obligue a quienes actúan organizados bajo otro tipo de

sociedad a quedar transformados de pleno derecho, en sociedades anónimas, cuando el destino natural de esa sociedad —si los socios no toman los recaudos o remedios previstos en la ley— es entrar en estado de liquidación⁽⁸⁾?

El art. 202 de la resolución IGJ 7/2015 admite implícitamente la inadmisibilidad de la denominada "transformación de pleno derecho" prevista por el art. 94 bis de la [ley 19.550](#), pues exige, para su inscripción en el Registro Público de Comercio una serie de procedimientos que se asemejan a aquellos previstos por el art. 77, todo lo cual sería incompatible con una actuación que se produce "de pleno derecho". No obstante esa incongruencia, la decisión de la Inspección General de Justicia es a mi juicio acertada, pues, como hemos señalado, es imposible jurídicamente la producción de esa forma de transformación, aunque no coincidimos con la exigencia de requerir a los integrantes de las sociedades de capital e industria y en comandita, el asentimiento conyugal, previsto actualmente por el art. 470 del Código Civil y Comercial, habida cuenta que la especial naturaleza de la transformación de sociedades torna inadmisibile ese requerimiento.

§ 4. Transformación de sociedades en asociaciones civiles o cooperativas y viceversa

La [ley 19.550](#) sólo prevé que hay transformación cuando una sociedad adopta otro de los tipos previstos, con lo cual parte de la idea de que la sociedad que se transforma debe ser típica antes de ese acto y el tipo a adoptarse debe también estar previsto legalmente, aunque sin circunscribir el mismo a los moldes que brinda la ley 19.950.

En consecuencia, el legislador societario, a tenor del texto del art. 74, ha descartado la posibilidad de que una sociedad típica mercantil se transforme en otro sujeto de derecho que no sean aquellos previstos en el Capítulo II de la [ley 19.550](#).

La doctrina sin embargo no se ha mostrado coincidente en el tema, pues Anaya⁽⁹⁾ y Benseñor⁽¹⁰⁾ admiten que una sociedad comercial pueda transformarse en una asociación civil o sociedad cooperativa, criticando el primero de ellos la norma del [art. 6º](#) de la [ley 20.337](#) de Cooperativas, que prohíbe expresa y terminantemente la transformación de estos entes en sociedades comerciales o asociaciones civiles. Obviamente, esos autores se refieren a las asociaciones civiles con personalidad jurídica, pues el carácter de sujeto de derecho es imprescindible para que exista transformación.

Las razones expuestas por estos autores no convencen, pues olvidan que la transformación sólo es una forma de reorganización, a través de la mutación del tipo, pero que, a través de la misma, no pueden alterarse los requisitos esenciales que caracterizan a una sociedad mercantil. Es precisamente en la causa del negocio donde se encuentra la dificultad para aplicar el [art. 74](#) de la [ley 19.550](#), pues de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º de esta ley, la existencia de una sociedad comercial supone la realización de una actividad económica con el propósito de lucro para los socios. Ello es, concretamente, el "fin societario", a que se refiere el art. 54 in fine de la [ley 19.550](#) y esa es la razón por la cual el [art. 6º](#) de la [ley 20.337](#) de Sociedades Cooperativas prohíbe la transformación de las mismas en sociedades comerciales o asociaciones civiles, siendo nula toda resolución en contrario, lo cual se explica fácilmente por el espíritu cooperativo o mutualístico que las caracteriza y en la exclusión del espíritu de lucro por parte de los asociados.

Se ha sostenido que con la exigencia de la unanimidad, cualquiera sea el tipo social de que se trate u otorgando efectos ex nunc al acto de transformación —lo cual es desde todo punto de vista obvio e impensable de otra manera— los obstáculos legales quedarían superados, pero ello no es a nuestro juicio suficiente, pues, se reitera, que la transformación no es un acto previsto para la modificación del negocio jurídico, sino para la reorganización del mismo sujeto de derecho.

No puede partirse de la idea de que todos los contratos asociativos gozan de las mismas características, y que la asociación civil o cooperativa constituyan simples formas de organización. Las sociedades, ahora civiles y comerciales parten de la idea concreta del propósito de lucro por parte de sus socios, a diferencia del fin mutualístico o de bien común que persiguen aquellos sujetos de derecho. A ello no obsta la permisión contenida en el [art. 3º](#) de la [ley 19.550](#), que autoriza a las asociaciones civiles a adoptar la forma de sociedad bajo uno de los tipos previstos legalmente, pues, como hemos explicado al analizar esa norma, tal disposición resulta hoy, y luego de la sanción de la [ley 22.903](#), absolutamente incongruente frente a la referencia y sanción que el art. 54 tercer párrafo de la [ley 19.550](#), prevé para las actuaciones de las sociedades con fines extrasocietarios.

§ 5. Las sociedades en liquidación

No creemos admisible la transformación de una sociedad en liquidación, en la medida que la capacidad de esta, si bien subsiste hasta la cancelación de su inscripción en el Registro Público de Comercio ([art. 112](#) de la [ley 19.550](#)), ella debe circunscribirse a la realización de actos de liquidación, a los cuales el acto de transformación es absolutamente ajeno y revela una intención de continuidad en el desarrollo del objeto social que es incompatible con el estadio liquidatorio en que se encuentra la sociedad.

ART. 75.—

Responsabilidad anterior de los socios. La transformación no modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios, aun cuando se trate de obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la adopción del nuevo tipo, salvo que los acreedores lo consientan expresamente. [Texto según [ley 22.903](#).]

ART. 76.—

Responsabilidad por obligaciones anteriores. Si en razón de la transformación existen socios que asumen responsabilidad ilimitada, ésta no se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación, salvo que la acepten expresamente. [Texto según [ley 22.903](#).]

CONCORDANCIAS: LSC: art. 75. resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia: arts. 170 a 173. LSC Uruguay: art. 105.

§ 1. La transformación de sociedades y la responsabilidad de los socios

Teniendo en cuenta que la transformación de la sociedad constituye un acto decidido por los propios integrantes de la misma, adoptado con las mayorías previstas para los distintos tipos societarios, parece obvio concluir que ese acto no puede perjudicar a terceros, por aplicación de lo dispuesto por el art. 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación, y es por ello que la ley mantiene la responsabilidad asumida por los socios con respecto a las obligaciones contraídas con anterioridad a la transformación. No sería pues lógico que quien contrató con la sociedad, teniendo en cuenta la solvencia personal de los socios, en los casos de integrar estos una sociedad por parte de interés, vean afectada su garantía por la realización de un acto al cual son totalmente ajenos.

Es por ello que el art. 75 de la ley 19.550, tanto en su redacción original, como en su nueva formulación, prescribe categóricamente, como principio general, que: "La transformación no modifica la responsabilidad solidaria e ilimitada anterior de los socios, aun cuando se trate de obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la adopción del nuevo tipo, salvo que los acreedores lo consientan expresamente".

Sin perjuicio de ello, la ley 22.903 ha modificado el texto original del art. 75, resolviendo dos temas de gran interés práctico: el primero, llenando un vacío que la doctrina había advertido con preocupación, disponiendo la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, que no queda modificada para aquellos, aun cuando se trate de obligaciones que deban cumplirse con posterioridad a la adopción del nuevo tipo. El legislador, al no distinguir entre las diferentes hipótesis que pueden presentarse, ha incluido en esta salvedad, no sólo las contrataciones complementarias, servicios técnicos o reparaciones⁽¹¹⁾, sino también los supuestos de contratos de duración o ejecución continuada, en los cuales las obligaciones de una de las partes deben ser cumplidas con posterioridad a la transformación.

En segundo lugar, y como ya fuera anticipado por la Comisión Redactora, en su informe al Ministerio de Justicia, la ley 22.903 ha eliminado el segundo párrafo del art. 75, que contemplaba el consentimiento tácito de los acreedores con el cambio de responsabilidad de los socios, que podía presentarse en dos supuestos: 1) Si los terceros no se oponían a la transformación dentro de los treinta días de notificados personalmente del acto de transformación y, 2) Si contrataran con la sociedad luego de haber adoptado el nuevo tipo.

Como se recuerda, la ley 19.550, en su redacción original, prescribía la notificación personal por la sociedad a sus acreedores, pero no como requisito de validez del acto de transformación, que podía válidamente efectuarse sin la injerencia de aquellos, sino para lograr la limitación de la responsabilidad de los socios en relación a las obligaciones

anteriores de la compañía. La reforma efectuada por la ley 22.903 del año 1982 prescindió del régimen establecido para el consentimiento presunto de los acreedores, y cuyas engorrosas secuelas pueden soslayarse —siguiendo la opinión de la Comisión Redactora de la ley 22.903— adoptándose, como regla general, la necesidad de conformidad expresa de estos, para que se opere la liberación de las responsabilidades de los socios bajo el tipo preexistente.

Por esos fundamentos es que la ley 19.550 en su actual versión no ha fijado plazos ni procedimientos para obtener el visto bueno de los acreedores, que queda librado en definitiva al que fijen los socios, lo cual constituye a nuestro juicio una acertada solución, desde que esa conformidad, que, repetimos, no se refiere al acto sino al cambio de responsabilidad, no perjudicará ni obstaculizará la tramitación pendiente.

Lo expuesto explica asimismo la reforma efectuada al art. 78, que, al contemplar el derecho de receso para el caso de transformación, suprime la última parte de su primer párrafo, que disponía que el derecho de receso no podría efectuarse mientras los acreedores afectados no hubieren aceptado la transformación, lo cual constituía una incongruencia no sólo con lo dispuesto por el art. 75, sino también con lo prescripto por el ahora derogado art. 81 en cuanto disponía la inaplicabilidad, para la transformación de sociedades, de las disposiciones de la ley 11.867, de transferencia de fondos de comercio.

El supuesto inverso se encuentra contemplado por el art. 76 de la ley 19.550, que se refiere a la hipótesis que se presenta cuando, en razón del acto de transformación, existen socios que asumirán una responsabilidad solidaria e ilimitada. ¿Cuál debe ser la solución para este caso? El texto legal derogado del art. 76, que tantas críticas había originado, disponía que esta nueva responsabilidad se extendía a las obligaciones anteriores a la transformación, con lo cual se dejaba sin efecto el fundamento mismo del art. 75, en cuanto este consagraba, en concordancia con lo dispuesto por el art. 1021 del ordenamiento civil y comercial, la irrelevancia de la transformación frente a terceros, respecto de los contratos celebrados por la firma con anterioridad al acto.

Afortunadamente, el nuevo art. 76 se inclina en sentido inverso: la responsabilidad ilimitada no se extiende a las obligaciones sociales anteriores a la transformación, salvo que la acepten expresamente, aceptación que obviamente debe ser asumida por los socios, y que no depende de la voluntad de los terceros.

ART. 77.—

Requisitos. La transformación exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario o lo dispuesto para algunos tipos societarios;
- 2) confección de un balance especial, cerrado a una fecha que no exceda de un mes a la del acuerdo de transformación y puesto a disposición de los socios en la sede social con no menos de 15 de días de anticipación a dicho acuerdo. Se requieren las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances de ejercicio;
- 3) otorgamiento del acto que instrumente la transformación por los órganos competentes de la sociedad que se transforme y la concurrencia de los nuevos otorgantes con constancia de los socios que se retiren, capital que representan, y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo societario adoptado;
- 4) publicación por un día en el diario de publicaciones legales que corresponda a la sede social y sus sucursales. El aviso deberá contener:
 - a) fecha de la resolución social que aprobó la transformación;
 - b) fecha del instrumento de transformación;
 - c) la razón social o denominación social anterior y la adoptada, debiendo de ésta resultar indubitable su identidad con la sociedad que se transforma;
 - d) los socios que se retiran o incorporan y el capital que representan;
 - e) cuando la transformación afecte los datos a que se refiere el art. 10, apartado a, puntos 4 a 10, la publicación deberá determinarlo;

5) la inscripción del instrumento con copia del balance firmado en el Registro Público de Comercio y demás registros que correspondan por el tipo de sociedad, por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio y sus gravámenes. Estas inscripciones deben ser ordenadas y ejecutadas por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio, cumplida la publicidad a que se refiere el art. 4º. [Texto según [ley 22.903](#)]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 74 a 76. Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 170; LSC Uruguay: arts. 106, 107, 111, 112.

§ 1. Requisitos que deben cumplirse para la transformación de sociedades

La ley 22.903 si bien modificó el texto original del art. 77 de la ley 19.550, que prescribía —y prescribe actualmente— los requisitos que deben ser cumplidos para llevar a cabo la transformación, aquella ley no ha innovado fundamentalmente en este procedimiento, pero sí, por el contrario, ha aclarado algunos aspectos que la doctrina no tenía en claro, como el balance de transformación, en especial en cuanto a su fecha de cierre, puesta a disposición de los socios y mayorías requeridas para su aprobación. La ley 22.903 ha eliminado, como lo explica su Exposición de Motivos, la puesta a disposición del balance de transformación a los acreedores, en el entendimiento de su inutilidad, desde que el cambio de tipo, de conformidad a lo dispuesto por el art. 75, no altera el régimen de garantía existente.

Concretamente, la ley 19.550 requiere:

1. El acuerdo unánime de los socios, salvo el pacto en contrario o lo dispuesto para algunos tipos societarios. La unanimidad solo rige para las sociedades personalistas (sociedades colectivas, de capital e industria y sociedades en comandita simple, que son hoy verdaderas curiosidades del ordenamiento societario), salvo pacto en contrario. Por el contrario, si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada, es válido pactar, como mínimo, que la mayoría represente más de la mitad del capital social, pero en caso de inexistencia de estipulación al respecto, rige supletoriamente lo dispuesto por el art. 160 de la ley 19.550, que requiere el voto de las tres cuartas partes del capital social. Finalmente, en las sociedades por acciones rigen las mayorías especiales previstas por el art. 244 de la ley 19.550, que requiere el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto.

2. En cuanto al balance de transformación, surge hoy claro que la fecha del mismo deberá ser anterior al acuerdo de los socios que resuelvan ese acto, ya que no resultaba concebible, como bien lo sostenía Benseñor durante la vigencia de la ley 19.550 en su vieja redacción, que previamente se adopte la resolución de transformación y luego se confeccione el balance. La ley 22.903 establece que dicho balance debe ser especial, lo cual descarta, a mi juicio, el balance de ejercicio y protege adecuadamente a los socios recedentes, sin perjuicio de señalar que la norma del inc. 2º del art. 77 configura una excepción al principio general sentado por el art. 245, párrafo 5º de la ley 19.550, conforme a la modificación efectuada por la misma ley 22.903. El balance de transformación debe cerrarse en una fecha que no exceda de un mes a la del acuerdo de referencia, y puesto a disposición de los socios en la sede social, con no menos de quince días de anticipación al acuerdo de transformación. No obstante ello, que significa considerar conjuntamente la transformación y su balance, la ley 22.903 exige diferentes mayorías para ambos acuerdos: para el acto de transformación requiere acuerdo unánime de los socios salvo pacto en contrario o lo dispuesto por algunos tipos sociales y para la aprobación del segundo, las mismas mayorías establecidas para la aprobación de los balances de ejercicio.

3. En tercer lugar, la ley 22.903 exige el otorgamiento del acto que instrumente la transformación, realizado por los órganos competentes de la sociedad que se transforma y la concurrencia de los nuevos otorgantes, con constancia de los socios que se retiran, capital que estos representan y cumplimiento de las formalidades del nuevo tipo social adoptado.

Mediante tal instrumentación, la ley 19.550 persigue la expresión documental de todo el proceso, toda vez que el acuerdo de transformación modifica el primitivo contrato social, disponiéndose las bases de organización y estructura del nuevo tipo social. Como es obvio, la instrumentación es llevada a cabo por quienes se encuentran legitimados para expresar y declarar la voluntad social⁽¹²⁾.

El acto a que se refiere el inc. 3º del art. 77, debe ser otorgado una vez transcurrido el plazo previsto por el art. 78, párrafo 2º, es decir, pasados quince días de la decisión de los socios, lo cual se explica fácilmente si se advierte que dicho plazo se refiere al término con que cuentan los socios disconformes o ausentes para ejercer el derecho de receso, pues el acto que instrumenta la transformación debe dejar constancia, como hemos visto, de los socios que se retiran y el capital que representan.

No deja de llamar la atención la mención que el inc. 3º del art. 77 de la ley 19.550 hace con relación a la "conurrencia de los nuevos otorgantes" al acto documental allí previsto, pues la transformación no es actuación societaria susceptible de emitir nuevas acciones o participaciones sociales, salvo que, además de llevarse a cabo esa reforma estatutaria, se hubiese decidido el aumento del capital social, con expresa renuncia de los socios o accionistas existentes al momento de la transformación, en ese mismo acto, del ejercicio de su derecho de preferencia. Solo en estos casos, "los nuevos otorgantes", como los llama la ley 19.550, en tanto éstos no se encuentran vinculados por la decisión de transformación, deben expresar su consentimiento para ingresar a la sociedad, suscribiendo la parte que les corresponde para ingresar en la misma. Como también se observa, la ley 22.903 ha eliminado la agregación, a ese acto, del balance de transformación.

4. Por último, debe ponderarse, y en cuanto a los requisitos a cumplirse en el proceso de transformación, la unificación que se ha efectuado con relación a la publicidad edictal a que se refería el inc. 3º del art. 77, actualmente inc. 4º del citado artículo, en el sentido de correlacionar la publicidad de la transformación con lo dispuesto por el art. 10 de la ley 19.550, evitando de esta manera una doble publicación para las sociedades de responsabilidad y las sociedades por acciones, toda vez que al acto de transformación, que debe contener todas las especificaciones mencionadas por el inc. 4º del art. 77, deben agregarse los datos a que se refiere el art. 10, exclusivamente cuando hayan sido afectados por el acuerdo de transformación.

§ 2. El consentimiento del cónyuge al acto de transformación

La ley 19.550 no requiere el consentimiento del cónyuge del socio o accionista, aunque sí lo exigía el art. 1277 del derogado Código Civil trata de sociedades de personas, extendiéndola asimismo al caso de fusión de las mismas.

La Inspección General de Justicia sostuvo la improcedencia de ese requerimiento, entendiendo que la exigencia del art. 1277 del Código Civil (incorporado por la ley 17.711) se justificaba cuando se encontraba vigente en materia de sociedades comerciales el régimen de los arts. 282 a 449 del Código de Comercio, que no preveía la transformación ni la fusión en forma expresa, por lo que la modificación del art. 1277 del Código Civil fue un avance en la legislación. Pero una vez sancionada la ley 19.550, ésta es la ley específica que rige en la materia, por lo cual, estando específicamente legisladas en la ley de sociedades la transformación y la fusión, los requisitos para llevar a cabo estos procedimientos de reorganización empresarial deben buscarse en ella y en la detallada reglamentación que hace la ley 19.550, que no incluye la necesidad de asentimiento conyugal⁽¹³⁾.

Por nuestra parte, y haciendo justicia a la magnífica ley 17.711, entendemos que la sanción de la ley 19.550 no derogó tácitamente la solución prevista por el art. 1277 del Código Civil, pues el requerimiento del asentimiento conyugal era plenamente admisible cuando se pretendía que, como consecuencia de la transformación, la sociedad adoptaba un tipo social en la cual la transferencia de las participaciones sociales no requería la conformidad del cónyuge del socio cedente, hipótesis solo admisible para las sociedades por acciones cuyo capital social se encontraba representado por acciones al portador, pero sancionada la ley 24.587, en el año 1996 —por medio de la cual, y para bien de la República Argentina, la transparencia del tráfico mercantil y la seriedad de las transacciones— se eliminó del régimen societario vigente la posibilidad de emitir acciones al portador, las cuales deben necesariamente ser nominativas no endosables, por lo que el fundamento del art. 1277 del Código Civil para requerir la conformidad conyugal para la transformación de las sociedades personales desapareció totalmente, porque hasta la sanción de la ley 26.994, cualquiera fuera el tipo social elegido, la transferencia de participaciones societarias requería siempre el asentimiento conyugal.

La doctrina judicial emanada del caso "Refe Sociedad Anónima", elaborado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 19 de mayo de 1994, aclaró suficientemente esa controvertida cuestión: Se trataba de un caso de transformación de una sociedad en comandita por acciones en una sociedad anónima, en el cual se puso en entredicho la aplicación del art. 1277 del Código Civil. Se sostuvo en ese fallo que la razón del art. 1277 del Código Civil, al disponer que la transformación de las sociedades de personas requieren el asentimiento del cónyuge de quien ha sido el aportante de bienes de origen ganancial, inscriptos en el registro pertinente, resulta de estricta aplicación al titular del capital comanditado de la sociedad en comandita por acciones que pretende ser transformada en una sociedad anónima, con acciones al portador, pues lo contrario supondría mutar el capital comanditado en acciones cuya transmisibilidad no podría ser impedida por la cónyuge del dador de aquel capital ganancias, con el innegable efecto de desvirtuar la finalidad tuitiva que recoge el art. 1277 del Código Civil.

Actualmente, la sanción del Código Civil y Comercial puso fin a esa polémica, pues el listado de actuaciones previstas en el art. 470 del mismo ordenamiento, que reemplazó al derogado art. 1277 del Código Civil, no incluye ningún procedimiento de reorganización societaria, y los actos societarios allí previstos (enajenar o gravar acciones nominativas

o participaciones en sociedades) no pueden, en forma alguna, asimilarse a la transformación y fusión contempladas en el viejo art. 1277 del Código Civil.

ART. 78.—

Receso. En los supuestos en que no se exija unanimidad, los socios que han votado en contra y los ausentes tienen derecho de receso, sin que éste afecte su responsabilidad hacia los terceros por las obligaciones contraídas hasta que la transformación se inscriba en el Registro Público de Comercio.

El derecho debe ejercerse dentro de los 15 días del acuerdo social, salvo que el contrato fije un plazo distinto y lo dispuesto para algunos tipos de societarios.

El reembolso de las partes de los socios recedentes se hará sobre la base del balance de transformación.

La sociedad, los socios con responsabilidad ilimitada y los administradores garantizan solidaria e ilimitadamente a los socios recedentes por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del receso hasta su inscripción. [Texto según ley 22.903]

ART. 79.—

Preferencia de los socios. La transformación no afecta las preferencias de los socios, salvo pacto en contrario. [Texto según ley 22.903]

§ 1. Derecho de receso y preferencia de los socios

Sobre el tema, la Exposición de Motivos ha expresado textualmente que el art. 78 armoniza el receso con las modificaciones propuestas para el art. 245. Se da solución, por otra parte, al discutido alcance de la solidaridad establecida en garantía de los socios salientes; y se precisa el balance sobre cuya base se determinará el contenido patrimonial de la parte de los recedentes. Se suprime, finalmente, lo relativo a la aceptación por los acreedores afectados como requisito para hacer efectivo el receso, toda vez que la transformación no puede perjudicar a los acreedores ni queda supeditada a su conformidad.

Lo expuesto, que se plasma en el art. 78 de la ley 19.550, en su nueva redacción, mueve a los siguientes comentarios:

1) Que el derecho de receso allí previsto no deroga las normas generales previstas por el art. 245 de la ley 19.550, sino que lo reglamenta específicamente para el supuesto que se considera, pero ello no significa que las lagunas que presenta el art. 78 no deben ser suplidas por aquella disposición legal, en especial, en materia de plazo de pago y actualización de la deuda.

2) Que, como antes se afirmó, la ley 22.903 consagró en el art. 78 una importante excepción al régimen general previsto por el art. 245, en cuanto a la valuación de la parte de los socios recedentes, que deberá ser calculada a la luz del balance especial que deberá ser confeccionado para la aprobación del acuerdo de transformación.

3) Se ratifica, en el art. 78, la modificación efectuada por el legislador al art. 245, en el sentido de conferir este derecho exclusivamente a los socios que han votado en contra y a los ausentes, con exclusión de los socios abstenidos quienes no gozan de este derecho. Por otro lado, y en cuanto aquella norma remite, en su inc. 2º, a lo dispuesto para algunos tipos societarios, debe concluirse que los socios ausentes carecen del derecho de receso, cuando la transformación haya sido aprobada por los integrantes de las sociedades de responsabilidad limitada, de conformidad a lo dispuesto por el párrafo 4º del art. 160 de la ley 19.550.

4) Se determina asimismo que por vía contractual o estatutaria, se fijen plazos distintos para el ejercicio del derecho de receso, posibilidad no admitida para las distintas hipótesis que dan origen al mismo.

5) Obsérvese también que el art. 78 de la ley 19.550 ha establecido como plazo para el ejercicio del derecho de separación el de quince días, que es común para presentes y ausentes, lo cual excepciona los principios generales que rigen la materia (art. 245).

6) Finalmente, la ley 22.903 ha modificado parcialmente el régimen de la ley 19.550, en cuanto el art. 78, último párrafo, obligaba a los socios que continuaban en la sociedad, en forma solidaria e ilimitada, y frente a los socios recedentes, a responder por las obligaciones sociales contraídas desde el ejercicio del derecho de receso hasta su inscripción. Dicha responsabilidad, cuyo mantenimiento se justifica en forma plena —máxime tratándose de sociedades por parte de interés, si se advierte que el receso sólo es oponible a terceros con la inscripción del acto de transformación en el Registro Público de Comercio—, es extendida por la ley 22.903 a la sociedad misma y a sus administradores, pero la limita, en cuanto a los socios, a aquellos cuya responsabilidad fuere solidaria e ilimitada.

ART. 80.—

Rescisión de la transformación. El acuerdo social de transformación puede ser dejado sin efecto mientras ésta no se haya inscripto. Si medió publicación, debe procederse conforme a lo establecido en el segundo párrafo del art. 81.

Se requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para algunos tipos societarios. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 81, 131, 160, 244. Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 170. LSC Uruguay: art. 113.

ART. 81.—

Caducidad del acuerdo de transformación. El acuerdo de transformación caduca si a los 3 meses de haberse celebrado no se inscribió el respectivo instrumento en el Registro Público de Comercio, salvo que el plazo resultare excedido por el normal cumplimiento de los trámites ante la autoridad que debe intervenir o disponer la inscripción.

En caso de haberse publicado, deberá efectuarse una nueva publicación al solo efecto de enunciar la caducidad de la transformación.

Los administradores son responsables solidaria e ilimitadamente por los perjuicios derivados del incumplimiento de la inscripción o de la publicación. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 73 a 79. Resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia: art. 170.

§ 1. Rescisión y caducidad del acuerdo de transformación

A ambas hipótesis se refieren los arts. 80 y 81 de la ley 19.550, debiendo destacarse que la ley 19.550 ha introducido, en el último artículo citado, un plazo de caducidad, tendiendo a dar claridad y certeza a la situación societaria que, de acuerdo con los mismos legisladores que la sancionaron, no puede permanecer indefinidamente abierta en un procedimiento de transformación.

En virtud de estas disposiciones legales, el acuerdo de transformación puede ser dejado sin efecto mientras el mismo no se haya inscripto en el Registro Público de Comercio. La registración actúa, de esta forma, como el punto final para la rescisión del acuerdo de transformación, lo cual se explica por la aplicación del art. 12 del ordenamiento legal vigente, desde que, a partir de ese momento, la transformación puede ser opuesta por terceros.

La ley 22.903 ha innovado también en este aspecto sobre la ley 19.550 que fijaba como límite máximo para la rescisión del acuerdo de referencia, la publicación de edictos prescripta por el art. 77, inc. 3º. Actualmente, si la sociedad ha efectuado esa publicidad —ahora prescripta por el inc. 4º del mismo artículo— el nuevo art. 80 que remite sobre el punto al último párrafo del art. 81, dispone que deberá efectuarse nueva publicación de edictos, al solo efecto de anunciar a terceros la rescisión acordada. Lo expuesto es también congruente con las soluciones previstas por los arts. 75 y 76, en cuanto el cambio de responsabilidad de los socios, que constituye el único aspecto en que la transformación puede perjudicar a terceros, sólo se opera con la inscripción de la transformación en el Registro Público de Comercio.

1. La disolución sin liquidación de las sociedades fusionadas, sin que el acto de absorción implique la finalización de las responsabilidades pendientes en la medida que los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas sobreviven en la realidad jurídica y económica, transformadas e integradas en la empresa absorbente.

2. La obvia pérdida de legitimación de las sociedades fusionadas que, como consecuencia de la fusión, han quedado disueltas y perdido el carácter de sujetos de derecho. En consecuencia, si la sociedad absorbida ha suscripto un pagaré, ella no puede ser demandada en el juicio de cobro de ese documento, pues es la sociedad absorbente quien responde por derecho propio, como responsable de las obligaciones contraídas por la absorbida y del mismo modo, la fusión por absorción confiere a la sociedad incorporante legitimación activa para promover acción ejecutiva para el cobro de los títulos librados a favor de la entidad absorbida⁽²⁵⁾. En este mismo sentido, ha admitido la jurisprudencia que resulta posible interpretar que la subsistencia del trámite de pedido de quiebra contra una sociedad que se extinguió por absorción, importa enderezarlo contra la sociedad incorporante, siendo éste un supuesto característico de sustitución procesal⁽²⁶⁾.

3. Como consecuencia de la asunción por la sociedad absorbente del patrimonio de la absorbida, así como de sus derechos y obligaciones, aquella debe afrontar las penas, multas, sanciones administrativas y responsabilidades por delitos y contravenciones cometidos por la sociedad absorbida⁽²⁷⁾.

4. Los mandatos otorgados por la sociedad absorbida quedan sin efecto, pues el mandatario no tiene ya persona que representar, al haberse aquella extinguido como consecuencia de la fusión⁽²⁸⁾. Inversamente, producida la fusión de dos sociedades, es suficiente el otorgamiento de poder por parte de la sociedad incorporante para que continúe la relación procesal oportunamente trabada en los juicios en los cuales interviniera como litigante la sociedad incorporada⁽²⁹⁾.

§ 7. Momento a partir del cual se produce la transferencia de los patrimonios de las sociedades que participan en el procedimiento de fusión

La ley 19.550 ha aclarado, en el segundo párrafo del art. 82, el momento a partir del cual se produce la transferencia total de los patrimonios de las sociedades disueltas a la nueva sociedad o a la sociedad absorbente, que tiene lugar al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de fusión y el contrato o estatuto de la sociedad fusionaria o el aumento de capital que hubiera tenido que llevar a cabo la sociedad incorporante.

Surge evidente que, en materia de reorganizaciones societarias, con excepción de la fusión por absorción —en la cual, para la sociedad absorbente, el acto de absorción implica un simple aumento del capital social— resulta inaplicable lo prescripto en el art. 12 de la ley 19.550, referido a los efectos de las modificaciones del estatuto, pues tanto la fusión o la escisión trascienden el concepto de una mera reforma estatutaria e implican, en todos los casos, la extinción de muchas de las sociedades que participan en ese procedimiento. Surge de ello que en los procedimientos de fusión y/o absorción de sociedades, no puede diferenciarse entre otorgantes y terceros, en tanto dichas operaciones solo pueden ser opuestas erga omnes, una vez inscripto el acto en el Registro Público de Comercio.

Así lo ratifica el art. 84 tercero y cuarto párrafo de la ley 19.550, en cuanto disponen que en ambos supuestos de fusión, las inscripciones registrales que correspondan por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio transferido, así como sus gravámenes, deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio. La resolución de la autoridad que ordene la inscripción y en la que constarán las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es, de acuerdo con el nuevo art. 84, suficiente instrumento para la toma de razón de la transmisión de la propiedad.

Con otras palabras, la extinción de las sociedades fusionantes o incorporadas se produce en el momento en que la nueva sociedad o la sociedad incorporante adquiere definitivamente la titularidad de los derechos y obligaciones de ellas, operando al mismo tiempo la transferencia total de sus respectivos patrimonios, esto es, desde el momento en que la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad o el aumento del capital social que hubiera tenido que realizar la entidad incorporante se inscriben en el Registro Público de Comercio. Así lo ha ratificado la jurisprudencia en varios precedentes⁽³⁰⁾.

Sin perjuicio de que solo la inscripción en el Registro Público de Comercio perfeccionará y hará totalmente oponible entre los socios, la sociedad y frente a terceros, los efectos de la fusión, la ley 19.550 ha previsto dos supuestos que, de manera excepcional, adelantan los efectos de esta reorganización, dentro de la faz interna de las sociedades intervinientes en este proceso: me refiero a lo dispuesto por los art. 84, el cual prevé:

a) En caso de fusión propiamente dicha, esto es, en caso de constitución de nueva sociedad, y una vez firmado el acuerdo final de fusión, al órgano de administración de la sociedad así creada le incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción de las sociedades disueltas, son que se requiera publicación en ningún caso;

b) Si se trata de una fusión por absorción, el segundo párrafo del art. 84 dispone que la ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, compete al órgano de administración de la sociedad absorbente y

c) Desde el acuerdo definitivo de fusión, la administración de la o las sociedades fusionantes disueltas están a cargo de la sociedad fusionaria o la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, salvo pacto en contrario inserto en el compromiso de fusión, y el supuesto de ejercicio de la acción de rescisión del acuerdo definitivo de fusión por justa causa, que le corresponderá promover, por obvia, a las autoridades naturales de las sociedades fusionantes o absorbidas.

ART. 83.—

Requisitos. La fusión exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Compromiso previo de fusión. El compromiso previo de fusión otorgado por los representantes de las sociedades, que contendrá:

a) la exposición de los motivos y finalidades de la fusión;

b) los balances especiales de fusión de cada sociedad, preparados por sus administradores, con informes de los síndicos en su caso, cerrados en una misma fecha que no será anterior a 3 meses a la firma del compromiso, y confeccionados sobre bases homogéneas y criterios de valuación idénticos;

c) la relación de cambio de las participaciones sociales, cuotas o acciones;

d) el proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad o de modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente, según el caso;

e) las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración que sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba.

2) Resoluciones sociales. La aprobación del compromiso previo de fusión y de los balances especiales por las sociedades participantes en la fusión, con los requisitos necesarios para la modificación del contrato social o estatuto.

A tal efecto deben quedar copias en las respectivas sedes sociales del compromiso previo y del informe del síndico en su caso, a disposición de los socios o accionistas con no menos de 15 días de anticipación a su consideración.

3) Publicidad. La publicación por 3 días de un aviso en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad y en uno de los diarios de mayor circulación general en la República, que deberá contener:

a) la razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Público de Comercio de cada una de las sociedades;

b) el capital de la nueva sociedad o el importe del aumento del capital social de la sociedad incorporante;

c) la valuación del activo y del pasivo de las sociedades fusionantes, con indicación de la fecha a que se refiere;

d) la razón social o denominación, el tipo y el domicilio acordado para la sociedad a constituirse;

e) las fechas del compromiso previo de fusión y de las resoluciones sociales que lo aprobaron.

Acreeedores: oposición. Dentro de los 15 días desde la última publicación del aviso, los acreedores de fecha anterior pueden oponerse a la fusión.

Las oposiciones no impiden la prosecución de las operaciones de fusión, pero el acuerdo definitivo no podrá otorgarse hasta 20 días después del vencimiento del plazo antes indicado, a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener embargo judicial.

4) Acuerdo definitivo de fusión. El acuerdo definitivo de fusión, otorgado por los representantes de las sociedades una vez cumplidos los requisitos anteriores, que contendrá:

- a) las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión;
- b) la nómina de los socios que ejerzan el derecho de receso y capital que representen en cada sociedad;
- c) la nómina de los acreedores que habiéndose opuesto hubieren sido garantizados y de los que hubieren obtenido embargo judicial; en ambos casos constará la causa o título, el monto del crédito y las medidas cautelares dispuestas, y una lista de los acreedores desinteresados con un informe sucinto de su incidencia de los balances a que se refiere el inc. 1, apartado b;
- d) la agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan.

5) Inscripción registral. La inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro Público de Comercio.

Cuando las sociedades que se disuelven por la fusión estén inscriptas en distintas jurisdicciones deberá acreditarse que en ellas se ha dado cumplimiento al art. 98. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 12, 98, 131, 139, 145, 160, 244, 245. Resolución General 7/2015 de la Inspección General de Justicia: arts. 170 a 173. LSC Uruguay: arts. 119 a 122, 125 a 128, 131, 133, 134.

ART. 84.—

Constitución de nueva sociedad. En caso de constituirse sociedad fusionaria, el instrumento será otorgado por los órganos competentes de las fusionantes con cumplimiento de las formalidades que correspondan al tipo adoptado. Al órgano de administración de la sociedad así creada incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, sin que se requiera publicación en ningún caso.

Incorporación: reforma estatutaria. En el supuesto de incorporación es suficiente el cumplimiento de las normas atinentes a la reforma del contrato o estatuto. La ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requieren publicación, compete al órgano de administración de la sociedad absorbente.

Inscripciones en registros. Tanto en la constitución de nueva sociedad como en la incorporación, las inscripciones registrales que correspondan por naturaleza de los bienes que integran el patrimonio transferido y sus gravámenes deben ser ordenados por el juez o autoridad a cargo del Registro Público de Comercio.

La resolución de la autoridad que ordene la inscripción, y en la que constarán las referencias y constancias del dominio y de las anotaciones registrales, es instrumento suficiente para la toma de razón de la transmisión de la propiedad.

Administración hasta la ejecución. Salvo que en el compromiso previo se haya pactado en contrario, desde el acuerdo definitivo la administración y representación de las sociedades fusionantes disueltas estará a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, a salvo el ejercicio de la acción prevista en el art. 87. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 4º, 12, 59, 87, 108, 165, 274 a 279. Resolución General 7/2015 de la Inspección General de Justicia: arts. 170 a 173. LSC Uruguay: arts. 122, 131, 134.

§ 1. Requisitos para llevar a cabo la fusión de sociedades

Para llevar a cabo la fusión se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) El otorgamiento por los representantes de las sociedades del compromiso previo de fusión en el cual se plasmarán las condiciones precisas bajo las cuales se realizará la compenetración patrimonial de las compañías que se unen, y en caso de fusión propiamente dicha, fijando los elementos esenciales del acto constitutivo de la nueva sociedad⁽³¹⁾.

Como bien explica Solari Costa, a quien debemos la obra nacional más completa en materia de fusiones de sociedades, para llegar a la suscripción del compromiso previo de fusión, existe un proceso previo de larga duración, que no tiene regulación en nuestro derecho, que es llevado a cabo por funcionarios de todas las sociedades partícipes, para que en forma conjunta y orgánica, analicen las factibilidades y realicen los estudios previos a la redacción del proyecto de fusión, todo lo cual quedará incluido en el compromiso previo de fusión. Estas actuaciones son denominadas comúnmente como "protocolos previos", cuya duración en el tiempo se verá considerablemente reducido y hasta anulado, si la fusión se realiza entre empresas del mismo grupo económico⁽³²⁾.

La naturaleza jurídica del compromiso previo de fusión ha dado lugar a una amplia polémica, no solo en nuestro medio, sino también entre la doctrina extranjera. Por un lado se ha sostenido que dicho instrumento constituye una suerte de "boleto de contrato" como lo es el boleto de compraventa de inmuebles⁽³³⁾. Para otros autores, se trata de un proyecto de contrato o declaración de las sociedades intervinientes sobre su intención de fusionarse, ubicado dentro de la categoría de actos preparatorios⁽³⁴⁾, mientras que una tercera opinión habla de un contrato perfeccionado, un verdadero acuerdo de voluntades celebrado entre dos o más partes del cual resultan derechos y obligaciones para las partes, pero cuyos efectos quedan condicionados a la aprobación de las asambleas de cada una de las entidades que participan en la operación. Esta es, a nuestro juicio, la opinión que más se ajusta al referido instrumento, pues como bien sostiene Rodrigo Uría⁽³⁵⁾, la necesidad de la aprobación asamblearia por parte de las sociedades que participan en el proceso de fusión, no quita que sus partícipes asuman obligaciones actuales y exigibles, las que en caso de incumplimiento generan responsabilidades contractuales, como ser la obligación de convocar a las asambleas para que traten el proyecto o abstenerse de realizar actos que dificulten la aprobación del compromiso.

La formulación del compromiso de fusión implica:

1) El final de la negociación de gestiones entre los representantes de las sociedades que será parte del procedimiento de fusión.

2) El sometimiento del mismo a reunión de socios o asamblea extraordinaria de accionistas, para su aceptación o rechazo. La aprobación deberá comprender no sólo la realización del acto, con las mayorías necesarias prescriptas por la ley para las modificaciones del contrato social o las previstas por el art. 244, último párrafo, para las sociedades anónimas en el caso de fusión propiamente dicha, sino también un balance especial que deben necesariamente preparar las sociedades intervinientes, y que deben estar cerrados en una misma fecha, que no sea anterior a tres meses de la firma del compromiso previo y confeccionado sobre bases homogéneas y criterios idénticos de valuación. Dicho balance deberá ser confeccionado como un estado de situación patrimonial y su utilidad puede medirse desde distintos puntos de vista: I) para los acreedores, a fines de que juzguen si el patrimonio de la sociedad que se constituye garantizará suficientemente las deudas que cada una de las sociedades intervinientes tuviera y, II) para los socios, porque en virtud de los mismos deberá valuarse su participación, en caso de receder, conforme a lo dispuesto por el art. 85.

3) La ley 22.903 ha establecido, aclarando algunos aspectos que no resultaban lo suficientemente claros en la primitiva redacción del art. 84, y que resultan de obligatoria inclusión en el respectivo compromiso de fusión, la exposición de los motivos y finalidades de dicha operación, y la relación de cambio entre las participaciones sociales de las firmas intervinientes, sean partes de interés, cuotas o acciones. Asimismo, deberá incluirse en el compromiso de fusión el proyecto de contrato o estatuto de la nueva sociedad, tratándose de una fusión propiamente dicha o, en caso de absorción, las respectivas modificaciones del contrato o estatuto de la sociedad absorbente. La ley prescribe, como de contenido también obligatorio en el instrumento que se analiza, las limitaciones que las sociedades convengan en la respectiva administración de sus negocios y las garantías que establezcan para el cumplimiento de una actividad normal en su gestión, durante el lapso que transcurra hasta que la fusión se inscriba.

En relación con este último aspecto, debe quedar en claro que, salvo disposición en contrario contenida en el compromiso de fusión, desde el acuerdo definitivo, la administración y representación de las sociedades disueltas estarán a cargo de los administradores de la sociedad fusionaria o incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces las ejecutaban, con excepción del ejercicio de las acciones de rescisión previstas por el art. 87, LSC. Las limitaciones y garantías a que hace referencia el punto e del inc. 1º del art. 83, tienden pues a evitar que las sociedades participantes comprometan su patrimonio en actos que modifiquen su situación patrimonial durante el lapso que corre desde la aprobación del compromiso de fusión y la firma del acuerdo definitivo de fusión, pudiendo consistir en un recíproco control de las administraciones de ambas, el compromiso también recíproco de la realización exclusiva de los actos ordinarios de gestión, etcétera.

Debe advertirse también que, tratándose de una fusión por absorción, el balance especial debe ser realizado por la sociedad absorbente, pues sus rubros resultarán de indudable interés para los acreedores de la sociedad o sociedades incorporadas al hacerse cargo aquella de las deudas de estas, pues no debe olvidarse el derecho de oposición que la ley les concede a dichos terceros, en el inc. 3º del artículo que se analiza.

Finalmente, el art. 83 dispone que, a los efectos de la aprobación del compromiso previo y del balance especial, las sociedades participantes tienen la obligación de poner a disposición de los socios o accionistas, para su estudio, copia de los respectivos documentos, que deben encontrarse en la sede social con no menos de quince días de anticipación a su consideración. La omisión de esta obligación por parte de los administradores puede ocasionar la nulidad del respectivo acuerdo (art. 251 de la ley 19.550).

b) En materia de publicidad, se creó un sistema particular, que si bien se asemeja al previsto por la ley 11.867, a cuyo texto remitía el primitivo art. 83, no resulta aplicable luego de la reforma efectuada por la ley 22.903, lo cual alivia sin dudas la tramitación del procedimiento de fusión, desde que evita la exigencia de los certificados de libre deuda de las sociedades disueltas; esto resulta lógico, pues la circunstancia de transferirse los derechos y obligaciones a la nueva sociedad o sociedad incorporante, impiden el incumplimiento de las obligaciones previsionales o municipales por parte de la sociedad disuelta o incorporada.

Prescribe expresamente el inc. 3º del art. 83 de la ley 19.550 la publicación por tres días de un aviso en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción de cada sociedad, y en uno de los diarios de mayor circulación general en la República, que deberá contener: a) la razón social o denominación, la sede social y los datos de la inscripción en el Registro Público de Comercio de cada una de las sociedades; b) el capital de la nueva sociedad o el importe del aumento de capital de la sociedad incorporante; c) la valuación del activo y del pasivo de las sociedades fusionantes, con indicación de las fechas a que se refiere; d) la razón social o denominación, el tipo y el domicilio acordado por la sociedad a constituirse y e) las fechas del compromiso previo de fusión y de las resoluciones sociales que lo aprobaron.

La publicidad prevista en el art. 83 inc. 3º de la ley 19.550 y la inscripción registral establecida por el inc. 5º son dos exigencias legales que brindan adecuada certeza en el desarrollo de la actividad mercantil, aportando suficiente respaldo a la oponibilidad frente terceros derivada de la inscripción, pues como ha dicho acertadamente la jurisprudencia, satisfechos estos requisitos de publicidad, la fusión debe presumirse conocida y aceptada por todos⁽³⁶⁾.

Dentro de los quince días contados desde la última publicación del aviso, los acreedores de fecha anterior pueden oponerse a la fusión, oposición que no impide la prosecución de las operaciones de fusión pero obstan a la realización del acuerdo definitivo, que no podrá otorgarse sino hasta veinte días después del vencimiento del plazo indicado, a fin de que los oponentes que no fueren desinteresados o debidamente garantizados por las fusionantes puedan obtener el embargo judicial. Queda pues en claro que la oposición de los acreedores no se refiere a la fusión propiamente dicha, sino a la asunción, por parte de la sociedad fusionante o fusionaria del crédito de que aquellos son titulares.

El alcance de la garantía prevista por el apartado 4º in fine del art. 83 de la ley 19.550, otorgada a favor de los acreedores, de requerir embargo judicial, lleva al entendimiento de que la interpretación que cabe darle a la norma consiste en la necesidad de garantizar adecuadamente al acreedor, a quien se le está sustituyendo el deudor, mediante el otorgamiento de garantías ante su expresa oposición, pues el interés del acreedor radica en la posibilidad de que la fusión redunde en una disminución de la solvencia de su deudor o en un sobredimensionamiento para la capacidad del mercado⁽³⁷⁾.

La falta de otorgamiento de las garantías al acreedor que se han opuesto a la fusión así como también el hecho de que no lo hayan desinteresado de su crédito, torna exigible la deuda por parte de aquel, que podrá exigir judicialmente su cancelación, como si la misma fuese de plazo vencido, con facultades incluso de pedir la quiebra de su deudor, cuando su crédito estuviera incluido dentro de los documentos habilitantes a que hace referencia el art. 84 de la ley 24.522.

Se ha planteado judicialmente la facultad del deudor de la sociedad que interviene en un proceso de fusión, de ampararse en la norma del art. 83 inc. 4º de la ley 19.550, lo cual ha sido acertadamente denegado, con el argumento de que la facultad de oponerse a la fusión no ha sido reconocida por la ley a quien ostenta la calidad de deudor de las entidades involucradas, porque este sujeto resulta un tercero absolutamente ajeno al negocio jurídico que constituye la fusión, en tanto como deudor tiene el deber jurídico de cumplir o de pagar, a los fines de liberarse de su obligación. De allí que en relación a la fusión de su acreedora, su interés solo se ciñe a conocer quién es su acreedor, o a quien debe pagar, lo que se logra mediante la publicidad e inscripción registral prevista en el art. 83 de la ley 19.550⁽³⁸⁾.

Cumplido el procedimiento de publicidad y oposición, se otorgará el acuerdo definitivo de fusión que deberá contener:

- 1) Las resoluciones sociales aprobatorias de la fusión.
- 2) La nómina de los socios que ejerzan el derecho de receso y el capital que representan en cada sociedad.
- 3) La nómina de acreedores que, habiéndose opuesto, hubieran sido garantizados y de los que hubieran obtenido embargo judicial; en ambos casos constará la causa o título, el monto del crédito y las medidas cautelares dispuestas y una lista de los acreedores desinteresados con un informe sucinto de su incidencia en los balances especiales que resultaron aprobados al considerarse el compromiso previo de fusión.
- 4) La agregación de los balances especiales y de un balance consolidado de las sociedades que se fusionan, requisito ya exigido en nuestra jurisdicción por la Inspección General de Justicia.

Finalmente exige la ley la inscripción del acuerdo definitivo de fusión en el Registro Público y cuando las sociedades que se disuelven por la fusión se encuentren inscriptas en distintas jurisdicciones, deberá acreditarse que en ellas se ha dado cumplimiento al art. 98 de la ley 19.550 que, como es sabido, impone a la sociedad la carga de inscribir la disolución en el Registro Público.

Como hemos sostenido, es de toda evidencia que la inscripción registral del acuerdo definitivo de fusión, en cualquiera de sus especies, torna oponible el acto a cualquier tercero, sin que resulte menester llevar a cabo el cumplimiento de los recaudos adicionales para que la sociedad absorbente adquiera la titularidad de los derechos y obligaciones de la sociedad disuelta.

Obsérvese que la ley 19.550, en su actual redacción, no exige la publicidad de la disolución de las sociedades disueltas, así como la publicidad de los nuevos administradores, en los supuestos de fusión propiamente dicha, salvo las excepciones a que se ha hecho referencia precedentemente. Para el supuesto de fusión por absorción, es suficiente el cumplimiento por parte de los administradores de la sociedad absorbente de las normas atinentes a la reforma del contrato social o estatuto. La ejecución de los actos necesarios para cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, que en ningún caso requiere publicación, competen al órgano de administración de la sociedad absorbente.

En caso de constituirse sociedad fusionaria, el instrumento de constitución deberá ser otorgado por los órganos competentes de las sociedades intervinientes, con cumplimiento de las formalidades que correspondan al tipo adoptado. Al órgano de administración de la sociedad así creada incumbe la ejecución de los actos tendientes a cancelar la inscripción registral de las sociedades disueltas, sin que tampoco se requiera la publicación en ningún caso (art. 84, párrafo 1º, LSC).

Finalmente, y en cuanto a la participación de los socios de las sociedades disueltas, corresponde manifestar que las partes sociales, cuotas o acciones de la nueva sociedad o sociedad incorporante, se adjudican directamente a los socios de los entes disueltos, como contraprestación por las respectivas partes sociales de dichas sociedades que son canceladas. En otras palabras, tanto en la fusión propiamente dicha como en la fusión por incorporación, se opera un intercambio de títulos asociativos, ya que la nueva sociedad o la absorbente deberán entregar a los socios de las sociedades disueltas, las participaciones correspondientes al aporte recibido. En la fusión por absorción, el intercambio de acciones deberá hacerse sobre la base de un estudio que indique el número de acciones o títulos asociativos de la sociedad incorporante que corresponda a las acciones o títulos asociativos de la sociedad incorporada, lo cual se denomina "relación de canje", que es uno de los aspectos del procedimiento de fusión más delicados, y que requiere estudio previos que garanticen su seriedad e imparcialidad, a los fines de evitar todo tipo de maniobras en perjuicio de los accionistas de la sociedad fusionada. Obviamente, en la fusión propiamente dicha, las acciones de las sociedades disueltas deberán anularse⁽³⁹⁾.

En cuanto a la administración y representación de las sociedades que participan en el procedimiento de fusión propiamente dicho, o de la sociedad absorbida, la ley prescribe que, salvo pacto en contrario establecido en el compromiso de fusión, aquellas funciones quedan a cargo de los administradores de la nueva sociedad o de la incorporante, con suspensión de quienes hasta entonces la ejercitaban, teniendo estos sólo legitimación para el ejercicio de la acción de rescisión prevista por el art. 87, LSC. Puede concluirse, en consecuencia, que el art. 84 último párrafo de

1670 del Código Civil, que nadie puede ser socio por herencia o de otra manera contra su voluntad. Prever, como único medio de eludir la incorporación a la sociedad, el camino de la renuncia es altamente inconveniente, pues ello implícitamente forzaría a los herederos a ingresar como socios, contra su íntima voluntad o predisposición, para no perder la herencia, y al faltar la *affectio societatis*, es probable que las actividades societarias se resientan de un modo pronunciado, dando lugar a todo tipo de conflictos, como la realidad lo ha demostrado sobradamente.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en un antiguo fallo, anterior a la [ley 19.550](#), en el caso "Columba Hermanos SRL"⁽⁶⁹⁾, declaró nula la cláusula de un contrato social que pretendió imponer a los herederos continuar en la sociedad con el socio sobreviviente, fundándose el tribunal en que el heredero, conforme con la nota al derogado art. 1761 del Código Civil, es una persona incierta, y no puede subsistir una obligación de tener sociedad con una persona que aún no existe o puede ser que no se conozca.

La norma del art. 90, párr. 2º de la [ley 19.550](#), consagra, por otra parte, una excepción al principio general en materia contractual previsto por los arts. 1027 y 1021 del Código Civil y Comercial de la Nación, que prevén, como requisito indispensable para la validez de una estipulación en favor de terceros, la expresa aceptación, por parte de estos, excepción que no tiene fundamento que lo explique, ya que resulta inadmisibles prescindir de la aceptación del heredero para ingresar a la sociedad.

Con toda razón se han pronunciado otros autores, de la talla de Castillo⁽⁷⁰⁾ y Yadarola⁽⁷¹⁾ para quienes las cláusulas en análisis sólo son admisibles si son aceptadas por los herederos, una vez que acrediten su carácter de tales, con lo cual se coincide que la validez del pacto de continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido debe estar necesariamente condicionada a la expresión de voluntad de estos de ingresar a la sociedad, una vez acaecido el supuesto de resolución parcial a que se refiere la norma.

Como hemos expresado, la Exposición de Motivos de la [ley 19.550](#) refleja la intención del legislador al aceptar la validez de esas cláusulas, expresando que, a los fines de que ese pacto pueda ir en detrimento de los sucesores, en cuanto se les impondría una responsabilidad personal, se dispone que puedan condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria. De esa manera, el legislador repara exclusivamente en la faz patrimonial y no en la personal, que no obstante su importancia en las sociedades de que se trata, ni siquiera tuvo en cuenta, y en tal sentido se preocupó en brindar a los sucesores del asociado la prerrogativa de limitar su responsabilidad por el pasivo social, exigiendo la transformación de la sociedad, o de su parte en comanditaria.

Coincido plenamente con la doctrina de Castillo y Yadarola, pues no se trata de alivianar la posición del heredero en la sociedad, en orden a su responsabilidad por las deudas sociales, sino de admitir su ingreso forzoso, obligándolo a sujetarse a cláusulas contractuales a las cuales ha sido ajeno, y entre ellas el plazo de duración, hasta cuyo vencimiento, y aun más todavía, mientras dure la etapa liquidatoria, deberá esperar para obtener el reembolso de su capital y la correspondiente cuota de liquidación.

La posibilidad de evitar su ingreso, renunciando a la herencia es, coincidiendo con Vélez Sarsfield, una hipótesis impensable, pues ello puede ocasionarles un considerable perjuicio. Predicar semejante posibilidad para evitar esa alternativa, supone tanto como sugerir la posibilidad del divorcio para evitar incurrir en la prohibición prevista por el [art. 27](#) de la [ley 19.550](#), que sanciona con la nulidad la sociedad constituida o integrada por ambos cónyuges, con excepción de las sociedades de responsabilidad limitada o por acciones, lo cual carece de toda seriedad.

§ 3. Cláusulas que difieren la cuestión a la voluntad de los herederos del socio fallecido

Es asimismo frecuente la previsión, en el contrato de sociedad, de un pacto que acuerde a los herederos del socio fallecido, la opción de incorporarse a la sociedad o de ejercer el derecho de percibir el valor de la participación social del causante, lo cual lleva a la cuestión sobre la forma en que debe manifestarse esa alternativa. La jurisprudencia con toda razón sostuvo que el ingreso de los herederos a la sociedad no depende de la aceptación de la herencia ni del dictado de la declaratoria de herederos, sino que, cuando éstos han optado por ingresar a la sociedad, deben manifestarlo en forma expresa, pues el silencio de los herederos frente a la muerte de un socio, debe ser interpretado como que han optado por la resolución parcial del contrato, quedando en manos de la sociedad la comunicación para que ejerzan sus derechos económicos —reclamación de la cuota liquidatoria— y eventualmente la consignación de su importe⁽⁷²⁾.

§ 4. Validez de la cláusula del contrato social que difiere el ingreso de los herederos del socio fallecido a la voluntad de los socios supervivientes

La jurisprudencia las ha aceptado sin reservas, con argumentos que no pueden dejar de compartirse. Se ha sostenido en tal sentido que nada se opone a que el contrato social faculte la adquisición de las cuotas del socio fallecido por los socios supervivientes, por el precio que en él se fije o cuyas normas de determinación se detalle en el acto constitutivo. Por ello, ejercida la opción, los herederos son acreedores de los socios adquirentes por el precio fijado y una vez rechazado el ingreso a la sociedad por el ejercicio de la opción de compra, aquellos no pueden ejercer los derechos sociales⁽⁷³⁾.

Ahora bien, la decisión de los socios supervivientes sobre la incorporación o no de los herederos del socio fallecido, como ha sido resuelto en otro precedente judicial⁽⁷⁴⁾, requiere una manifestación expresa por parte de aquellos, que debe ser transcripta en asamblea o reunión de socios, pues si bien se trata de una decisión personal de los socios supervivientes, en tanto ellos resultaran deudores de los herederos del socio fallecido, interesa a la sociedad conocer quiénes van a ser los integrantes del ente a los fines del ejercicio de los derechos que confiere el carácter de socio.

§ 5. Unificación de la personería de los herederos frente al fallecimiento de un socio

Es frecuente observar, fundamentalmente en los contratos de sociedades de responsabilidad limitada, para aquellos casos en que se autoriza el ingreso a la sociedad de los herederos del socio fallecido, la expresa previsión de que, a tal fin, los herederos deben unificar personería y designar un representante común.

Sin perjuicio de la total ilegitimidad de dicha previsión, como analizaremos en los párrafos siguientes, ella plantea algunos interrogantes, como por ejemplo, el plazo con que cuentan los herederos para la designación de este representante o el régimen de mayorías que resulta menester alcanzar para que la designación de éste resulte incuestionable.

En cuanto a la primera cuestión, es obvio que la sociedad requiere una pronta definición del tema, a los fines de que el fallecimiento del socio no pueda afectar el funcionamiento de la sociedad, hipótesis que se presenta cuando éste hubiera sido el titular del paquete de control. La jurisprudencia se ha pronunciado en torno al derecho de la sociedad de intimar a los herederos a obtener una decisión en tal sentido e incorporarse a la sociedad, a los fines de despejar el estado de indefinición que entorpece la continuidad societaria⁽⁷⁵⁾ y en cuanto al segundo interrogante, resultan aplicables las reglas del condominio, habida cuenta la analogía que presenta esta situación con la copropiedad de cuotas y acciones, prevista por los arts. 156 y 209 de la ley 19.550.

A pesar de que la jurisprudencia recepta algunos casos en donde se habría aceptado —bien que implícitamente— la cláusula contractual que autoriza la unificación de la personería de los herederos en uno de ellos, en forma permanente, a los fines de que éste ejerza en representación de los demás, todos los derechos y obligaciones de socio, considero que esta estipulación carece de toda validez y ratifica, con nuevos argumentos, la invalidez del pacto de continuación con los herederos, como veremos a continuación.

La ley 19.550 sólo admite la unificación de la representación para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones sociales, en los arts. 156 y 209, referidos a la copropiedad de las cuotas sociales o acciones, cuando las mismas resulten indivisibles. Es de toda evidencia que la solución expuesta, que se justifica plenamente para esos supuestos, no es asimilable al caso que nos ocupa, esto es, la unificación de la personería de todos los herederos del socio fallecido, toda vez que teniendo en consideración lo dispuesto por el art. 2337 del Código Civil y Comercial de la Nación, los herederos entran en posesión de la herencia desde el mismo día de la muerte del causante, siendo propietarios, acreedores o deudores de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor con lo cual resulta evidente concluir que la participación del socio fallecido se divide entre los herederos que devienen socios en proporción a su participación hereditaria.

Explicaba el profesor español Girón Tena⁽⁷⁶⁾, refiriéndose a la posición jurídico societaria de cada heredero, que el problema se traduce en el hecho de que una sola participación, la del causante, es la base de la participación plural, concluyendo que lo patrimonial divisible, compuesto por la parte del capital heredado, así como la participación en los beneficios proporcional a aquella y derechos administrativos configurados en proporción a la participación capitalista, se dividen, salvo estipulación en contrario, entre los herederos, que devienen socios en proporción a su participación hereditaria. Por el contrario, los derechos administrativos no configurados proporcionalmente se asumen en su totalidad por cada nuevo socio, y ello origina una multiplicación de poder, que no obstante se entiende que ha debido ser prevista y querida, por lo que, salvo tratamiento en contrario, debe reputarse válida.

Coincidiendo con esta opinión, no pueden caber dudas que la unificación de la representación en uno de los herederos implica la cesión de los derechos y obligaciones correspondientes a la calidad de socio en forma permanente; derechos que, como es sabido, son personales e indelegables en términos generales. Es por ello que la doctrina de nuestro país es coincidente en sostener la invalidez de mandatos irrevocables otorgados por los socios o accionistas, para ejercer los derechos que la calidad de socio supone, lo que demuestra, como conclusión, que no resulta de ningún modo escindible la calidad de socio con el plexo de derechos y obligaciones que ese estado confiere⁽⁷⁷⁾.

La unificación de la representación de los herederos en uno o más de ellos supone afectar los derechos de propiedad de aquellos, pues una vez socios, al fallecer el causante se verán imposibilitados, por los efectos de la unificación de la representación, de disponer de su parte correspondiente en el capital social de la sociedad, pues resulta difícil pensar en un adquirente de esa parte de interés o cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando un heredero no puede, por efecto de la delegación efectuada, ejercer sus derechos de socios que su calidad de tal le confiere⁽⁷⁸⁾.

En conclusión, la unificación de la personería de los herederos frente al fallecimiento de un socio importa una limitación o restricción al ejercicio de los derechos del socio, pues obliga a los herederos a mantener una indivisión forzosa o condominio obligatorio por todo el tiempo de duración de la sociedad.

Debe, pues, interpretarse que el cumplimiento de la obligación de unificar la personería implica, para la sociedad, la de mantener indivisa la herencia recibida por los herederos, lo cual se encuentra en oposición con lo dispuesto por el art. 2364 del Código Civil y Comercial, que autoriza a estos a pedir en cualquier momento la participación de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenio en contrario, prohibición que el legislador reitera para el condominio, en el art. 1997 del referido ordenamiento unificado⁽⁷⁹⁾.

Si además de ello tenemos en cuenta lo dispuesto por el art. 2325 del Código Civil y Comercial, en cuanto dispone que ninguno de los herederos tiene el poder de administrar los intereses de la sucesión, y que la decisión y los actos de mayor número no obligan a los otros coherederos que no han prestado su consentimiento. a la realización de esos actos o adopción de esas resoluciones, surge evidente que la cláusula de unificación de la personería ocasiona, entre los herederos, conflictos que pueden trascender a la misma sociedad.

Puede, quizás, afirmarse que la imposición de los socios de unificar la personería no altera el derecho de los herederos de dividir la herencia, pidiendo la división del condominio de las cuotas sociales para su posterior venta o subasta judicial, teniendo presente, además, que los herederos del socio fallecido, conforme con lo dispuesto por el art. 155, párr. 2º de la ley 19.550, tienen el derecho de ceder sus cuotas a terceros, y que las cláusulas de limitación a la transferencia de las mismas le son inoponibles durante los tres meses siguientes a su incorporación a la sociedad, pero esos argumentos no convencen, pues no parece acertado sostener que el interés de la sociedad, cuyo funcionamiento puede verse perjudicado por el incremento del número de socios, deba primar sobre la situación de los herederos del socio fallecido, quienes deben ceder el ejercicio de sus derechos de socio en virtud de una cláusula contractual de cuya redacción no han participado ni han prestado consentimiento, y ello hasta el dictado de una sentencia judicial que culminaría con la venta forzada de las cuotas sociales, para así obtener la división de la herencia.

Se suma a estos inconvenientes la escasa predisposición que demuestran los terceros para incorporarse, por la vía de la subasta judicial, a una sociedad de responsabilidad limitada, lo cual lleva al resultado final de que los adquirentes resultaran, por lo general, los restantes socios o la misma sociedad, por un precio muy inferior al valor real de esa participación.

Por último, el argumento de que el aumento del número de socios por vía de transmisión hereditaria de la participación del socio fallecido puede afectar el funcionamiento de la sociedad, es sólo válido —y relativamente válido— para las sociedades de responsabilidad limitada, en las cuales el legislador ha previsto un número máximo de socios que, a mi juicio, carece de todo fundamento. Bastaría, para enervar la fuerza de ese argumento, pactar contractualmente la necesidad de transformar la sociedad frente a una alternativa que, como la expuesta, pueda poner a la sociedad en peligro de nulidad por atipicidad (art. 17, LSC), transformación que no encontraría las dificultades que son propias a las sociedades de personas, en orden a la aprobación de ese acto, que requieren la unanimidad de los socios, salvo pacto en contrario, sino un régimen de mayorías más flexible, previsto por el art. 160, LSC, aunque lo ideal sería, se reitera, la eliminación del tope máximo de socios, previsto por el art. 146 de la ley citada.

§ 6. Valor de la participación del socio fallecido

No pactándose contractualmente el ingreso directo de los herederos del socio fallecido, estos tienen el derecho de percibir, de la sociedad, el valor de la participación de que este era titular. Ello supone una serie de problemas que es necesario analizar:

a) Por una parte, el deceso del socio genera la obligación de la sociedad de liquidar la participación a los herederos, según "balance especial" que determine el haber del premuerto a la fecha del fallecimiento y si ocurrida la muerte, la sociedad sigue operando algún tiempo, por más prolongado que fuera, corresponde recurrir a los libros del ente para determinar el valor en cuestión a esa fecha, debiéndose actualizar la cifra resultante, lo cual es justo y lógico, porque no se puede obligar a los herederos, ni ellos pueden pretenderlo, a participar en los resultados negativos o positivos de una empresa social a la que el causante dejó de pertenecer desde el mismo momento de su muerte. El art. 92 de la ley 19.550, si bien referido a la exclusión, ratifica estas conclusiones.

b) Aclarado lo expuesto, parece obvio señalar que la muerte del socio, y a salvo el supuesto de ingreso de sus herederos a la sociedad, obliga a realizar un inventario y balance de separación o "de determinación de parte", como lo denomina Girón Tena⁽⁸⁰⁾. A tal efecto, la jurisprudencia en forma pacífica ha resuelto que para la valuación de la parte del socio fallecido debe tomarse el valor de una empresa en marcha, no reparando en los valores inscriptos en los libros, con fines fiscales o para el cálculo de las ganancias, sino el verdadero valor, esto es, el que tendría la sociedad en caso de una enajenación total o lo más ventajosa posible⁽⁸¹⁾, con lo cual se incluye el valor llave y de la empresa en marcha, en la medida que la expectativa de lucro futura no puede beneficiar exclusivamente a los socios supérstites, aprovechándose de las aptitudes actuales de la empresa a la cual el socio fallecido ha contribuido a conformar.

Corresponde a la sociedad la elaboración del balance de liquidación parcial, toda vez que estos estados contables solo pueden confeccionarse con elementos que dispone aquella —libros de comercio, documentación social—. Los herederos del socio fallecido pueden participar en la confección de esos estados contables e incluso impugnar los mismos, a través de la acción ordinaria de nulidad prevista por el art. 383 del CCyCN, mediante un proceso amplio de conocimiento, donde la sociedad tendrá que demostrar la veracidad de las cuentas que componen ese instrumento, por aplicación de la carga dinámica de las pruebas. Para el caso de que la contabilidad de la sociedad exhiba deficiencias en torno a los registros y antecedentes contables, la jurisprudencia ha declarado procedente, a los fines de la determinación del importe que les corresponde percibir a los herederos del socio fallecido, el procedimiento previsto en los arts. 516 y 767 a 771 del Código Procesal, que autoriza la elaboración de un balance de liquidación a través de una pericia arbitral, que deberá practicarse para determinar el importe respectivo⁽⁸²⁾.

c) Para el caso de que el contrato social nada estableciera en torno a la fecha en que la sociedad debe abonar el valor de la participación del socio fallecido, parece razonable conceder a la misma un plazo razonable, pues la exacta determinación de ese valor depende, como hemos visto, de la realización del balance de liquidación parcial. Los herederos del socio fallecido deben instar la realización de esos trámites en un plazo prudencial, siendo razonable aplicar al caso, por analogía, el término de un año previsto por el art. 245 quinto párrafo de la ley 19.550 con que cuenta la sociedad para reembolsar al socio recedente el valor de su participación, plazo que deberá contarse desde el día del fallecimiento del socio.

d) El incumplimiento por parte de la sociedad de su obligación de abonar a los sucesores la parte que les corresponde, no les confiere a éstos un status de socio que nunca adquirieron, cuando de acuerdo a lo convenido en el contrato constitutivo de la sociedad, la muerte del causante provocó la resolución parcial del contrato de sociedad, en los términos del art. 89 de la ley 19.550⁽⁸³⁾. Es de lamentar, finalmente, que la ley 19.550 haya sido tan parca con respecto a esta problemática que se presenta cotidianamente. Las referencias que el art. 92 de la ley 19.550 hace con respecto a la valuación de la parte del socio excluido, permiten, con las salvedades que corresponde efectuar atento la diferencia que implican ambas causales de resolución parcial, llenar las lagunas que presenta sobre el tema nuestro ordenamiento societario, pero hubiese sido necesario, para ambos casos, establecer un plazo de pago del valor de la participación del socio fallecido o excluido, que contemple los intereses de la sociedad y de los herederos o del socio sancionado, como lo hace el art. 245 del ordenamiento societario vigente, que otorga a la sociedad un plazo de un año para hacer efectivo el mismo.

§ 7. La muerte del socio en las sociedades previstas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550

Por las razones que ya hemos analizado, en las sociedades previstas en la Sección IV del Capítulo I, la muerte del socio resuelve parcialmente el contrato, siendo inoponible para los herederos cualquier cláusula del contrato social que hubiere previsto la continuación de la sociedad con sus herederos, hipótesis solo prevista por el art. 90 segundo párrafo para las sociedades colectivas, en comandita simple, de responsabilidad limitada y los comanditados en las de comandita por acciones.

Sin embargo, entendemos que, a diferencia del régimen anterior, la muerte de un socio no importa causal disolutoria de la sociedad, que podrá continuar desarrollando su objeto social, con derecho de los herederos de reclamar judicialmente el pago de la participación social del socio fallecido, en los términos del art. 92, con excepción del inc. 4º.

ART. 91.—

Exclusión de socios. Cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en las de responsabilidad limitada y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario.

Justa causa. Habrá justa causa cuando el socio incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones. También existirá en los supuestos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada.

Extinción del derecho. El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de 90 días siguientes a la fecha en la que se conoció el hecho justificativo de la separación.

Acción de exclusión. 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.

Si la exclusión es ejercida individualmente por uno de los socios, se sustanciará con citación de todos los socios.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 37, 46, 54, 89. Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 191; LSC Uruguay: arts. 147 a 149, 158.

§ 1. Exclusión de socios. Concepto

En principio, puede afirmarse que la exclusión de socios es un remedio con que cuenta la sociedad a los fines de separar de su seno al socio que no cumple con las obligaciones que la ley 19.550 le impone.

Sin embargo, ese criterio sancionatorio, que emana del art. 92 de la ley 19.550, no es excluyente, pues el legislador ha previsto también ese remedio para mantener el elenco original de los socios, cuidando la necesaria coherencia en la marcha de la sociedad. Por ello es que la exclusión también está prevista para los casos de incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil de uno de los integrantes de la sociedad.

Aún considerada la exclusión como represión a una infracción contra la sociedad, ello de manera alguna autoriza a la misma a privar al socio infractor del valor de su participación y del lucro ganado⁽⁸⁴⁾.

La ley 19.550 determina, en primer lugar, cuáles son las sociedades a las que se aplica el instituto de la exclusión: las sociedades colectivas, de capital e industria, de responsabilidad limitada, en comandita simple y por acciones, en relación con los socios comanditados. Se excluye únicamente a las sociedades anónimas y a los socios comanditarios de las sociedades en comandita por acciones, por las razones expuestas al referirnos a la resolución parcial del contrato de sociedad, con las cuales, como hemos visto, no concuerdo.

Sin embargo, es necesario efectuar ciertas aclaraciones, pues la ley 19.550 —en especial luego de la sanción de la ley 22.903— incurre en ciertas contradicciones que resultan incomprensibles:

1. La conducta del socio puede originar su exclusión en todas las sociedades mencionadas en el art. 91 primer párrafo de la ley 19.550.

2. La incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil, sólo puede originar la exclusión en las sociedades por parte de interés y en las comandita por acciones con respecto a los socios comanditados.

3. En las sociedades de responsabilidad limitada, la incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil del socio solo determina su exclusión cuando el socio ha accedido al carácter de tal como consecuencia de la adquisición de cuotas sociales e inscripta la transferencia de las mismas en los términos del art. 152, párrs. 2º y 3º de la ley 19.550. Por el contrario, cuando el socio de la sociedad de responsabilidad limitada ha adquirido su carácter de tal como consecuencia de la suscripción del contrato social, o accedido a la sociedad como consecuencia de un aumento del capital social o fallecimiento de un socio, la declaración judicial de incapacidad o inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil no configuran causales de exclusión de este socio.

Esta distinción que realiza el art. 152 de la ley 19.550 resulta verdaderamente incomprensible y resulta muy difícil compartir la solución de prevista por el legislador de 1982, pues no se entienden las razones por las cuales, en las sociedades de responsabilidad limitada se autoriza la exclusión del socio incapaz, inhabilitado, fallido o concursado cuando este ha accedido a la sociedad como consecuencia de una adquisición posterior de cuotas sociales y no cuando su carácter de socio proviene de la misma constitución de la sociedad. Según mi manera de ver las cosas, la exclusión del socio, por el acaecimiento de la declaración de incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil, se justifica para todos los socios de la sociedad de responsabilidad limitada, cualquiera haya sido el título de adquisición de su carácter de socio, pues admitido que esta sociedad no constituye un instrumento de concentración de capitales con prescindencia de la personalidad de su apostante, el fuerte elemento personal que las caracteriza justifica la aplicación de la solución prevista por el art. 91, párr. 2º de la ley 19.550.

La exclusión de socios no es mecanismo previsto para las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, toda vez que ellas no se encuentran incluidas en el primer párrafo del art. 91, norma cuya extensión a otra clase de sociedades debe quedar descartada, ante los términos categóricos de dicha disposición legal.

§ 2. El concepto de justa causa para la exclusión del socio

El art. 91 de la ley 19.550, utilizando una fórmula genérica, evita enumeraciones que nunca podrían ser taxativas, difiriendo en el tribunal la apreciación de la causa de la exclusión invocada. Basta para el legislador la existencia de grave incumplimiento de las obligaciones por parte de uno de los socios, para quedar expedita la acción judicial correspondiente. En consecuencia, y como en principio, la exclusión la decide el juez competente y no los socios, salvo el supuesto del art. 37 de la ley 19.550 (mora en la integración de los aportes), es el magistrado interviniente quien debe merituar la virtualidad de los antecedentes de la causa invocada a tal fin.

La jurisprudencia, orientada en base al histórico art. 419 del Código de Comercio, que contenía una enumeración ejemplificativa de lo que debía entenderse por justa causa de exclusión, había admitido a tales fines la provocación continua entre los socios, inidoneidad e incompetencia para el desempeño de funciones conferidas en el contrato social, descrédito personal de los socios por la ejecución de delitos y en general, por la pérdida de la *affectio societatis*, cuando no existe una causa concreta y de suficiente entidad, pero surge aquella a través de la conducta permanente de uno o varios socios.

La ley 19.550, independiente de la fórmula genérica empleada por el art. 91, prevé la procedencia de la exclusión del socio en determinados casos:

- a) en el caso de mora en el cumplimiento del aporte (art. 37);
- b) en el caso de evicción en el aporte efectuado (art. 46), aunque el aportante podría enervar esa sanción si reemplaza el bien por otro de igual especie y calidad (art. 47), derecho del cual no goza cuando el aporte ha sido efectuado a título de usufructo (art. 48) y,
- c) en el caso de realización, por el socio de una sociedad colectiva, de capital e industria, comandita simple, por la realización de actividades en competencia con la sociedad (art. 133). Este causal no rige para los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, como hemos visto al analizar el art. 54 de la ley 19.550, salvo cuando como consecuencia de esa actividad en competencia, el socio desleal haya provocado graves daños a la sociedad.

La jurisprudencia posterior a la ley 19.550 ha admitido la existencia de justas causales de exclusión en los siguientes casos:

- a) Cuando un socio ha incurrido en distracción del patrimonio social en provecho propio⁽⁸⁵⁾;
- b) Cuando un socio no cumple con su deber de colaboración para la adopción de acuerdos sociales que se estiman imprescindibles para el desenvolvimiento de la sociedad⁽⁸⁶⁾;
- c) Cuando un socio ha perturbado el normal funcionamiento de la sociedad, haciendo imposible la confianza que debe existir entre los socios⁽⁸⁷⁾;
- d) La oposición sistemática a todas las iniciativas de sus compañeros⁽⁸⁸⁾;
- e) La notoria inconducta de alguno de los socios, capaz de afectar a la empresa⁽⁸⁹⁾;

f) La inasistencia permanente de uno de los socios, en una sociedad de dos socios, en los cuales ambos revisten el carácter de gerentes⁽⁹⁰⁾.

g) La sistemática negativa de un socio a votar favorablemente un aumento del capital social, evitando la adopción de un acuerdo en tal sentido, cuando se encontraba suficientemente acreditado que la realización de nuevos desembolsos dinerarios por parte de los socios eran de fundamental importancia para el desenvolvimiento de la sociedad⁽⁹¹⁾.

h) La conducta del socio gerente que impidió sistemáticamente a sus consocios y coadministradores el ingreso a la sede social impidiéndoles cumplir con sus obligaciones y con la gestión funcional administrativa⁽⁹²⁾.

i) La desviación intencional de la clientela⁽⁹³⁾.

j) La violación a la prohibición de no incurrir en concurrencia desleal⁽⁹⁴⁾.

k) La falta de affectio societatis y de vocación para el trabajo en común, haciendo imposible la confianza que debe existir entre los socios, convirtiéndose en el único culpable del estado de discordia reinante entre ellos⁽⁹⁵⁾.

l) La fabricación por un socio de productos altamente tóxicos que pone en venta al público en nombre de la sociedad, dedicada a la actividad farmacéutica, toda vez que ello da cuenta de graves incumplimientos del socio demandado, siendo que, tanto el ejercicio de los derechos de quien así se conduce como la continuación en el tiempo de las actividades descriptas, son hechos susceptibles de provocar un daño a la sociedad⁽⁹⁶⁾.

m) La retención para sí, por parte de un integrante de la sociedad, de un inmueble de la sociedad de objeto inmobiliario, privándose a ésta de la renta mensual correspondiente⁽⁹⁷⁾.

Nuestros tribunales han resuelto además, y con todo fundamento, que no es del todo necesario que la justa causa de exclusión se haga visible a través de un solo hecho concreto o delimitado en el tiempo, sino que, por el contrario, una serie de inconductas, que por sí mismas no entrañan la gravedad requerida para justificar la separación, bien pueden en conjunto llegar a hacerlo. Por ello el criterio del juez ha de ser lo suficientemente amplio o elástico, para no convertir en ilusorio el justo derecho que la ley le otorga al ente⁽⁹⁸⁾.

§ 3. Procedimiento para la exclusión del socio

Determina el art. 91, párr. 3º, LSC, que: "El derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de 90 días siguientes a la fecha en que se conoció el hecho justificativo de la separación".

¿Qué debe entenderse por "el derecho de exclusión" a que alude la ley 19.550?

Creemos que la ley 19.550 no sólo se refiere a la adopción del acuerdo social que resuelva promover la correspondiente acción judicial, sino también a la efectiva promoción de la demanda orientada a excluir al socio. La redacción del art. 91, párrs. 4º y 5º, ratifica esta conclusión, y en consecuencia, aun cuando la sociedad, a través de su órgano de gobierno, no adopte decisión al respecto, frente a una inconducta grave del socio, cualquiera de ellos, en forma individual, pero siempre en interés de la sociedad, puede promover la misma, siempre que lo haga dentro del plazo de noventa días siguientes a la fecha en la que fuera conocido el hecho justificativo de la separación.

Para clarificar el panorama: la existencia de justa causa de exclusión, por inconducta de cualquiera de los socios o por incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, autoriza a la sociedad a resolver, a través de una expresa decisión de su órgano de gobierno, y con las mayorías previstas para la reforma del contrato social (arts. 131, 139, 145, 160 y 366), la promoción de las acciones judiciales necesarias para obtener la exclusión de aquel. Esta decisión y la promoción de la correspondiente demanda deben ser adoptadas y hechas efectivas dentro del plazo previsto por el art. 91, párr. 3º, LSC. Si el órgano de gobierno de la sociedad no fue sido convocado o la decisión social de exclusión no obtuvo resolución favorable, el socio individualmente también podrá promover las acciones judiciales, pero siempre dentro del mismo plazo de 90 días, sin esperar la decisión del órgano de gobierno de la sociedad, cuando la reunión de socios ha sido convocada sobre el filo del vencimiento del término previsto por el art. 91 de la ley 19.550, a los únicos fines de enervar cualquier acción judicial que quisiera iniciar cualquiera de los socios.

§ 4. Naturaleza del plazo previsto por el art. 91 de la ley 19.550

Como surge del art. 91 tercer párrafo de la ley 19.550, el derecho de exclusión se extingue si no es ejercido en el término de 90 días siguientes a la fecha en que se conoció el hecho justificativo de la separación. Se trata, como veremos en los párrafos siguientes, de un plazo de caducidad y se computa de acuerdo con lo dispuesto por el art. 6 del Código Civil y Comercial de la Nación, es decir, días corridos a contar del día en que se produjo, por cualquier medio, la causal de exclusión, correspondiendo probar tal exteriorización a quien la alegue⁽⁹⁹⁾.

A pesar de la opinión en contrario de Zavala Rodríguez⁽¹⁰⁰⁾, quien considera que el plazo previsto por el art. 91 del ordenamiento legal societario, constituye un supuesto de prescripción, considero que se trata de un caso de caducidad, y así lo ha entendido la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia en forma unánime⁽¹⁰¹⁾, pues se presentan, conforme la redacción del artículo en análisis, todos los supuestos que caracterizan a la caducidad, esto es, referencia expresa al ejercicio de un derecho y no a la promoción de una acción judicial, y la debida realización de un acto extrajudicial (resolución asamblearia) como requisito imprescindible para promover esa demanda⁽¹⁰²⁾.

La consideración como caducidad del plazo previsto por el art. 91, LSC, es relevante por las consecuencias que se derivan del funcionamiento de ese instituto, cuyo transcurso no admite suspensión o interrupción ni cabe, a diferencia de la prescripción, la dispensa del art. 2550 del Código Civil y Comercial de la Nación⁽¹⁰³⁾.

Del mismo modo, la naturaleza y características de la caducidad, determinan que, transcurrido el plazo de 90 días, la sociedad ni el socio podrá ampliar la demanda de exclusión contra el socio infractor, cuando esa ampliación no se funda en hechos nuevos.

§ 5. Algunos problemas que suscita el plazo de caducidad del ejercicio del derecho de exclusión

Sin perjuicio de considerar que el plazo previsto por el tercer párrafo de la ley 19.550 es un plazo sumamente exiguo, pues como hemos visto, dentro del término de 90 días debe pronunciarse el órgano de gobierno de la sociedad y además iniciar el correspondiente pleito⁽¹⁰⁴⁾, la redacción de la norma incurre en gravísimos errores, incurriendo en dogmatismos inadmisibles, que revela desconocimiento de lo que normalmente acontece en el seno de las sociedades comerciales, cuando no existe armonía entre todos los socios.

En primer lugar, si bien el comienzo del término de caducidad se computa desde la fecha en que fuera conocido el hecho justificativo de la separación, la ley le resta importancia a la persistencia en el tiempo de la inconducta de los socios infractores⁽¹⁰⁵⁾, lo cual resulta criterio sumamente discutible, al menos como principio general, pues no parece razonable que el transcurso de un término tan breve, como lo es el previsto por el art. 91 de la ley 19.550, pueda implicar indefectiblemente un bill de indemnidad para el socio que no se ha comportado como tal y con sus actos, ha perjudicado a la sociedad, cuando esas inconductas subsisten hasta la iniciación del juicio y hasta con posterioridad.

Algunos ejemplos ayudarán a comprender la injusticia de la solución: Si la exclusión se funda en la falta de colaboración de un socio, quien sin motivos valederos no concurre a formar la voluntad social, o se opone sin fundamentos a acuerdos necesarios para la marcha de la sociedad, hechos estos que, como hemos ya señalado, la jurisprudencia ha consagrado como justas causales de exclusión, el criterio legal parece acertado, pues la trasgresión a su deber de colaboración se ha verificado en cada oportunidad en que ese socio debió cumplir con sus obligaciones, sirviendo la anterior conducta omisiva como antecedente necesario para acreditar la causal de exclusión. Pero diferente es el caso, y diferente debería ser la solución, cuando el socio se encuentra en mora en el cumplimiento de su aporte, haya utilizado fondos o bienes sociales en su exclusivo provecho, que retiene indefinidamente, sin devolverlos a la caja sociedad o realiza sin solución de continuidad actividades en competencia con la sociedad, por ejemplo. En estos supuestos, el criterio legal no parece acertado y si bien así lo ha entendido la jurisprudencia, en algún precedente⁽¹⁰⁶⁾, nuestros tribunales mercantiles, haciendo gala de una interpretación harto exegética del art. 91 de la ley 19.550 persisten en computar ese brevísimo plazo de caducidad desde el momento en que se conoció el hecho justificativo de la separación⁽¹⁰⁷⁾, aun cuando el socio infractor insista con sus inconductas y continúe con ese proceder, sin solución de continuidad.

§ 6. La resolución social que resuelve la exclusión del socio

Hemos ya sostenido que, como principio general, es la propia sociedad la que decide, a través de su órgano de gobierno, la promoción de las acciones judiciales tendientes a excluir al socio infractor.

Este principio general admite algunas excepciones: uno de ellos es el caso de mora del socio en la integración del aporte, que constituye el único caso en donde la ley 19.550 (art. 37), permite a la sociedad excluir al socio moroso, sin

necesidad de promoción de acciones judiciales. El otro caso es el de las asociaciones bajo forma de sociedad, previsto en el art. 3º de la ley 19.550, pues en las asociaciones civiles, la expulsión del asociado que incurre en graves inconductas es resorte exclusivo de los órganos de dicha entidad y, reunidas las mayorías necesarias para tomar esa determinación, siempre que se respete el derecho de defensa del asociado, no resulta necesaria la promoción de acción judicial alguna. Así lo ha ratificado el art. 180 del Código Civil y Comercial para las asociaciones civiles, admitiendo que la comisión directiva puede resolver esta cuestión, sin intervención judicial alguna, siempre que se respete el derecho de defensa y el asociado pueda exigir la revisión de su exclusión por una asamblea de socios.

Con excepción de estos casos, la sentencia judicial para obtener la exclusión del mismo es requisito imprescindible, pues de lo contrario, esto es, de convertir a la sociedad en árbitro exclusivo de la separación del socio, ello se prestaría al mayor de los abusos, en donde una mayoría de socios que represente, a su vez, una mayoría de capital, impongan arbitrariamente su interés en separar un socio dando como ciertas causales de exclusión inexistentes⁽¹⁰⁸⁾.

Ahora bien, la decisión social que impone la promoción de las acciones judiciales tendientes a excluir al socio debe ser adoptada con las mayorías previstas por la ley para las sociedades en las cuales se admite este remedio (art. 91), necesarias para la modificación del contrato social, pues aquella resolución importa una alteración o reforma sustancial de los términos del mismo. El socio excluido, si bien tiene interés contrario en la respectiva decisión y ello le impone abstenerse de participar en la votación respectiva (art. 248 de la ley 19.550, aplicable a todo tipo social); de ninguna manera debe dejar de ser citado o notificado de la realización de la reunión de socios en donde su conducta será objeto de análisis y sanción, pues su participación en ese acto hace a su derecho de defensa, y es allí donde debe ser escuchado y merituadas sus alegaciones. Nuestros tribunales han ratificado este criterio⁽¹⁰⁹⁾, declarando inválidas las reuniones de socios en las cuales se resolvió excluir a un socio, sin siquiera notificarlo de la celebración de dicho acto.

§ 7. Los casos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil del socio

Nos hemos referido en párrafos anteriores a la procedencia de la acción de exclusión frente a estas alternativas, que se fundan en la imposibilidad del socio afectado de cumplir personalmente con sus obligaciones sociales.

La declaración judicial de incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil altera el elenco original de los socios, que el legislador se ha preocupado en mantener y conservar, y su reemplazo por un curador o síndico puede agravar a los restantes socios, en la medida que, se reitera, ello puede afectar el rasgo personal de las sociedades en las cuales el legislador admite la procedencia de la exclusión.

Sin embargo, estas causales de exclusión no operan automáticamente, y la declaración judicial de incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil no produce, ipso iure, la desvinculación del socio afectado, con derecho al reembolso del valor de su participación. La ley 19.550 no hace diferencias sobre el particular, y por ello, la exclusión del mismo requiere idéntico procedimiento que el previsto para la exclusión por inconductas del socio, esto es, decisión del órgano de gobierno de la sociedad y promoción de la acción judicial correspondiente, en la medida que los restantes integrantes de la sociedad pueden aceptar la presencia del síndico o curador y evitar con ello la descapitalización de la sociedad. Por mi parte, la solución legal me resulta cuestionable, cuando la incapacidad, inhabilitación o quiebra del socio puede ser acreditado sencillamente, resultando innecesaria la promoción de una acción judicial tendiente a excluir al incapaz, inhabilitado o fallido.

Lo expuesto en el párrafo anterior descarta la posibilidad de que el curador del socio afectado puedan exigir la autoexclusión de la sociedad, pues la continuación de aquel en la misma, bien bajo la actuación de su representante necesario, es resorte exclusivo de los restantes integrantes de la entidad.

§ 8. La acción judicial de exclusión del socio

Obtenida la resolución social que decida la exclusión del socio, y dentro del término previsto por el art. 91, párr. 3º, la sociedad deberá promover la acción judicial correspondiente, que deberá ser iniciada por ante el juez en lo Comercial del domicilio de la sociedad, en un proceso de amplio conocimiento (art. 15 de la ley 19.550).

La acción de exclusión podrá ser promovida:

1. Por el representante de la sociedad, cuando la acción de exclusión haya sido resuelta por decisión del órgano de gobierno de la sociedad.

2. Por un representante ad hoc o por un nuevo representante o administrador, cuando el socio excluido revista también ese carácter en forma exclusiva. Si los administradores fueran varios y cualquiera desempeñara ese cargo en forma indistinta, estos se encuentran legitimados para promover la acción en análisis.

3. Por cualquiera de los socios, cuando el órgano de gobierno de la sociedad no se haya pronunciado o haya resuelto en contra de la promoción del juicio, siempre y cuando aquel no hubiere votado en contra de la exclusión, en este último caso (arg. art. 251, LSC).

La jurisprudencia ha negado la legitimación para demandar la exclusión del demandado, como integrante de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando no medió decisión social que hubiese aprobado la promoción de dicha demanda. Se trataba de un caso donde el socio mayoritario remitió una comunicación escrita al gerente de la sociedad, ratificando su gestión en orden a la exclusión de un socio decidida unilateralmente por dicho administrador. Sostuvo el tribunal, con toda lógica, que durante toda la vida de la sociedad las resoluciones sociales fueron adoptadas en reunión de socios y no por el sistema de consultas, siendo que además no existió requerimiento alguno a todos los socios por parte del órgano de administración para que emitieran su voto por correspondencia, ni medió tampoco manifestación alguna por parte de todos los socios ni, finalmente, ninguna resolución en tal sentido consta en el libro de actas de la sociedad, conforme lo prevé el art. 162 de la ley 19.550⁽¹¹⁰⁾.

Es importante aclarar que la acción de exclusión de un socio es siempre social, aun cuando la misma sea promovida por el socio en forma individual, en el sentido de que su único beneficiario es la propia sociedad.

Se ha discutido en doctrina si la acción de exclusión ejercida individualmente por un socio es independiente o subsidiaria de la acción social, habiéndose sostenido la primera de las tesis, con variedad de fundamentos⁽¹¹¹⁾. Creemos que habiendo tomado conocimiento un socio de una causal de exclusión que afecta a otro integrante de la sociedad, debe informar de la misma a la sociedad, a los fines de que ella adopte las medidas sancionatorias correspondientes. Esa obligación de informar, y contrariamente a lo sostenido por Zunino⁽¹¹²⁾ no es simplemente una mera comunicación que no condiciona el carácter independiente de la acción individual, sino que constituye un ejemplo de la necesidad de agotar previamente los recursos previstos en el contrato social, principio que se encuentra expresamente previsto en la ley 19.550 (art. 114) y que debe ponerse en práctica, salvo, como hemos visto, en aquellos casos en que se encuentre totalmente acreditado, por los antecedentes del caso, de la total inutilidad de la celebración de esa reunión de socios.

Por ello entendemos que la acción de exclusión, ejercida individualmente, debe ser promovida frente a la inacción de la sociedad en sancionar al socio infractor o frente a una decisión social negativa. Iniciada por la sociedad la acción de exclusión, parece obvio que el socio no puede intentarla al mismo tiempo, salvo cuando la demanda fue promovida por la sociedad con defectos de tal naturaleza, que hagan imposible su progreso, pues tal actuación hace presumir connivencia con el demandado, no siendo aislados los casos que se presentan en la práctica, en los cuales el socio infractor pertenece al grupo de control, cuyos integrantes son cómplices de la maniobra efectuada por aquel y que, por ello, carecen de todo interés en adoptar medidas sancionatorias contra el mismo.

Cuando la acción es promovida individualmente por uno de los socios, dispone el art. 91, in fine, que la misma se sustanciará con citación de todos los socios, los cuales deberán ser llamados como terceros interesados, en los términos de los arts. 90 y ss. del Código Procesal, citación que ha sido justificada por Halperin, por cuanto la sentencia de exclusión afectará a la sociedad, modificando el elenco de los socios⁽¹¹³⁾, y obligará a la misma a reintegrar al socio excluido el valor de su participación social.

Sobre el particular, recuerdan Arecha y García Cuerva⁽¹¹⁴⁾, que la citación de los restantes socios no implica requerirles la conformidad con la acción promovida, sino la notificación a los mismos, ya que pueden no estar de acuerdo con el socio accionante.

Las razones expuestas, que se comparten, hubieran justificado la necesidad de citar asimismo a la sociedad, la cual, como sujeto de derecho independiente de sus integrantes (art. 2º de la ley 19.550), es quizás la persona más afectada por una sentencia de exclusión, pues es sobre quien recaerán los efectos de la misma, en la medida que deberá reembolsar al excluido el valor de su participación. Por ello estimamos que, a diferencia de lo que acontece con los restantes socios, en donde la intervención de los mismos es meramente accesorio y subordinada a la parte a quien apoyare (art. 90, inc. 1º, Cód. Proc.), la sociedad intervendrá como litisconsorte necesaria, en los términos de los arts. 89, 90 inc. 2º, y 91 párr. 2º del mismo ordenamiento.

§ 9. ¿Puede ampliarse la demanda de exclusión?

Para responder a este interrogante deben diferenciarse dos supuestos:

a) Si la ampliación se funda en los mismos hechos con los cuales se ha promovido la demanda original —lo cual vale también para una eventual ampliación de la prueba ofrecida— ello no resulta posible, atento el plazo de caducidad previsto por el art. 91 de la ley 19.550, siempre y cuando la ampliación de la demanda fuera interpuesta ya extinguido aquel plazo. Recuérdese que, por tratarse de un plazo de caducidad, este no queda suspendido ni interrumpido por la promoción de una demanda y el vencimiento del término establecido por aquella norma, extingue el derecho (art. 2567 del Código Civil y Comercial de la Nación).

b) Si la ampliación de la demanda se fundare en nuevas inconductas del socio infractor, la demanda podrá ser ampliada, siempre y cuando ello ocurra dentro de los noventa días de conocido el acaecimiento de tales hechos. Para ello no es necesario acreditar una nueva resolución social, pues el acuerdo de exclusión comprende, por obviedad, las inconductas posteriores al mismo.

§ 10. Allanamiento y reconvención

La necesidad de una sentencia judicial que resuelva la exclusión del socio no autoriza a sostener, como lo ha resuelto nuestra jurisprudencia, en forma equivocada⁽¹¹⁵⁾, que la promoción de la demanda y el dictado de la misma resulten indispensables, aun en el caso de que el socio infractor acate la decisión social que ha resuelto promoverle la acción judicial de separación forzosa.

Esta manera de pensar parece congruente con los términos literales del art. 91, en tanto se repare que la sociedad no resuelve la exclusión sino la promoción de las acciones judiciales tendientes a ese fin y que sólo una sentencia judicial es la que resolverá parcialmente el contrato. Pero ello supone un dispendio absurdo de actividad jurisdiccional que siempre es preferible evitar, pues nada impide, promovida la acción, que el socio demandado se allane a la misma, con lo cual, el juez deberá dictar sentencia, en los términos del art. 307 del Código Procesal, sin estar obligado a continuar el proceso, por no estar comprometido el orden público.

Creemos que ambas posiciones pueden ser conciliadas de la siguiente forma: si partimos de la idea de que la resolución parcial por exclusión sólo puede ser ordenada judicialmente, parecería que el órgano de gobierno de la sociedad no podría adoptar un acuerdo que tenga virtualidad resolutoria. Sin embargo, nada obsta a que en ese acto, si el socio infractor acepta la desvinculación de la sociedad y el pago del valor de su parte, ello no pueda ser concretado, a la espera de una acción y resolución judicial que carece de todo sentido. Ese acuerdo tendrá todos los efectos del art. 959 del Código Civil y Comercial de la Nación, y se producirá en consecuencia, un supuesto de retiro voluntario del socio, cuya admisibilidad no puede ponerse en dudas.

En cuanto a la reconvención, nada obsta a su procedencia, y es supuesto frecuente que el socio demandado por exclusión reconvenga por disolución, invocando a tal fin un estado de permanente discordia entre los socios. Del mismo modo, y coincidiendo con Zunino⁽¹¹⁶⁾, la reconvención también sería factible cuando el socio demandado por exclusión en una sociedad de dos socios, invocara contra el restante socio inconductas que justificaran la separación del actor, en cuyo caso el juez debería en puridad, excluir al socio más culpable aunque la experiencia demuestra que, en estos casos, y aun cuando ello no haya sido solicitado por ninguna de las partes, la sentencia declara la disolución de la sociedad con fundamento en lo dispuesto por el art. 94, inc. 4º de la ley 19.550 (imposibilidad de cumplir con el objeto social).

§ 11. Acumulación de acciones

Nada obsta tampoco a la acumulación de las acciones de exclusión y de resarcimiento de daños y así lo admite el art. 133 de la ley 19.550 cuando uno de los socios de una sociedad por parte de interés realice actividades en competencia con la sociedad.

Se trata pues de dos acciones que si bien independientes, se complementan entre sí: la acción de exclusión, que persigue la separación del socio por inconductas que tornan imposible su continuación dentro del elenco de la sociedad

y la acción resarcitoria, que tiende a obtener, por la sociedad, el reconocimiento y satisfacción, por aquel, de los daños y perjuicios causados a la sociedad por dolo o culpa (art. 54, LSC).

§ 12. Medidas cautelares. La suspensión provisoria de los derechos del socio

El art. 91, párr. 4º, admite la suspensión provisoria de los derechos del socio cuya exclusión se persigue, como medida cautelar específica para este tipo de juicios, a los fines de evitar que la actividad de este pueda perjudicar al ente durante la sustanciación del juicio de exclusión.

La jurisprudencia se ha mostrado, en la aplicación concreta de esta norma, en forma sumamente restrictiva⁽¹¹⁷⁾, e incluso, en algunos supuestos, ha suspendido alguno de los derechos del socio, manteniendo subsistentes los restantes⁽¹¹⁸⁾. Se trataba, en el caso, de un socio que se oponía sistemáticamente a un aumento del capital social, que se probó como imprescindible para el desarrollo del objeto social, invocando sólo la imposibilidad de afrontar nuevos desembolsos. Como la participación de este socio era esencial a los fines de poder obtener decisión favorable, el tribunal resolvió la suspensión de los derechos del mismo, en cuanto a su injerencia en la adopción de dicho acuerdo social, manteniendo incólumes los restantes.

En el mismo sentido, la jurisprudencia admitió el pedido de una sociedad de suspender provisoriamente el ejercicio de un determinado derecho por parte de los socios demandados, dejando subsistentes los demás. Los antecedentes de este interesante caso fueron los siguientes: una sociedad inició una acción de exclusión de socios, requiriendo el dictado de la medida cautelar prevista en el art. 91 de la ley 19.550 contra ellos que, mediante el ejercicio de su derecho de información, pretendían utilizar la información vinculada con aspectos técnicos del desarrollo del objeto social de aquella sociedad, a favor de una tercera compañía, de similar objeto, que los socios demandados integraban con exclusividad. La sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a esa pretensión, bien que dejando a salvo algunas reservas, con el argumento de que toda limitación al ejercicio de un derecho legítimo, tal como resulta ser para el socio el de información, debe necesariamente ser interpretado con criterio restrictivo y no extenderse más allá de lo estrictamente necesario, extremo que se encuentra delimitado por la finalidad de la medida cautelar decretada en la acción de exclusión entablada en los términos del art. 91 de la ley 19.550, que solo tiene en miras evitar que los demandados puedan llegar a utilizar determinada información, mientras tramita dicha acción y se dilucidan los hechos allí controvertidos⁽¹¹⁹⁾.

Inversamente, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, de fecha 5 de febrero de 2015, en el caso "Empresa de Proyectos Management y Gerencia SRL c/ Turdó Miguel Esteban s/ ordinario", en una clara demostración del carácter restrictivo con el cual y desde siempre, el tribunal de alzada interpretó, por lo general, la medida cautelar prevista en el art. 91 de la ley 19.550. Se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada de solo dos integrantes, en la cual cada uno de ellos era titular del cincuenta por ciento del capital social, y que, por cuestiones personales de los socios, se encontraba transitando un gravísimo conflicto societario, dentro de cuyo marco, uno de los socios —el actor— pretendía la capitalización de la firma a los fines de una mayor rentabilidad de los negocios sociales, mientras que el restante socio insistía en la disolución del ente, como único camino para poner fin al conflicto societario, impidiendo, con su ausencia, la realización de reuniones de socios y la adopción de cualquier tipo de acuerdos sociales, por falta de quórum.

Ante esa circunstancia, y como manera de superar ese conflicto, el actor pidió judicialmente la exclusión del demandado, y requirió, con fines cautelares, la suspensión provisoria del ejercicio de sus derechos sociales en la sociedad, como lo autoriza el art. 91 de la ley 19.550. Sin embargo, el tribunal de alzada rechazó esa medida, con base a dos cuestionables argumentos: a) Por una parte, ante la inexistencia de la archiconocida y nunca bien entendida *affectio societatis* y b) Por otro lado, por cuanto, de hacerse lugar a la medida, el restante socio "detentaría" (según expresas palabras del tribunal), y por sí mismo, toda la voluntad social y la administración de la sociedad.

La Cámara olvidó, al resolver de esa manera, que la *affectio societatis* no constituye causal de disolución de la sociedad (art. 94 de la ley 19.550), y que, si ello impide el funcionamiento de la sociedad, es necesario ventilar la cuestión en sede judicial, mediante un proceso ordinario. Pero lo más importante es que, al argumentar que la medida precautoria prevista por el art. 91 de la ley 19.550, puede colocar al socio inocente en el único exponente de la voluntad social, ello es una de las tantas alternativas negativas que ofrecen las sociedades en las cuales el capital social se divide en mitades, y no existe norma legal alguna que impida recurrir a dicha medida precautoria, cuando el capital social esté así repartido. Con otras palabras, si un socio no cumple con los parámetros de conducta que la ley general de sociedades impone e insiste en una disolución que en derecho no se ha producido, traducido en el caso, en su falta de concurrencia a las asambleas, y por ello a la formación de la voluntad social, éste debe soportar las consecuencias de su negativa actuación, pues de sostener lo contrario, como lo ha predicado la sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, se colocará a la compañía en un estado de disolución virtual, por paralización de su funcionamiento o por falta de capital de trabajo, lo cual constituye un premio inmerecido para quien no ha incumplido con sus obligaciones de socio y un grave castigo

para todos quienes se encuentren vinculados con la sociedad —proveedores, trabajadores, etc.—, violándose de esta manera el principio de conservación de la empresa y de una fuente de trabajo, que tanto el art. 100 LGS consagra en forma por demás terminante. En definitiva, otro fallo que se enrola en una tesis absolutamente restrictiva de la medida cautelar prevista en el art. 91 de la ley 19.550, que ningún bien hace a la sociedad, los socios y a la comunidad en general.

Resuelta la suspensión provisoria de los derechos del socio demandado, este no podrá ejercer sus derechos en la sociedad, tanto políticos como patrimoniales, salvo que, como hemos ejemplificado en el párrafo anterior, la medida precautoria se limite al ejercicio de un derecho determinado. Rechazada la demanda, el socio accionado reasume sin más el ejercicio de sus derechos, retrotrayéndose los de naturaleza patrimonial al momento en que hubiese sido notificado de aquella cautelar (arg. art. 245, párr. 4º de la ley 19.550). Cabe señalar asimismo que si durante la vigencia de la suspensión provisoria, el órgano de gobierno de la sociedad hubiera adoptado alguna resolución que originara el derecho de receso, el socio acusado, luego inocente, podrá ejercer ese derecho, dentro de los plazos que la ley otorga al socio ausente para ejercer el mismo y de acuerdo con las modalidades previstas para cada tipo de sociedad.

Ha sido sostenido por la jurisprudencia y alguna doctrina afortunadamente aislada⁽¹²⁰⁾, que la suspensión provisoria de los derechos del socio no es procedente cuando la acción de exclusión es promovida por uno de los socios y no por la sociedad, y sólo admisible en este último supuesto.

Esta doctrina es absolutamente equivocada y sólo puede encontrar fundamento que la avale en la interpretación literal del art. 91, pero ninguno si advertimos la finalidad del legislador, que es pauta prioritaria en la debida interpretación de una ley. La acción de exclusión promovida por el socio, frente al desinterés, negativa o complicidad de la sociedad con el socio infractor, no es una acción individual que beneficie sólo al socio demandante, sino que la misma reviste siempre, como hemos visto, el carácter "social", pues sus efectos recaen sobre la misma sociedad, cuya defensa ejerce aquel socio. Por ello, si el fundamento de la acción de exclusión es el grave incumplimiento de las obligaciones por parte de un socio, que con su conducta ha ocasionado daños a la sociedad, poco importa si el sujeto activo de la acción es la sociedad o uno de sus socios, pues de lo que se trata con la medida cautelar es hacer cesar las consecuencias de esa conducta para beneficio del patrimonio o funcionamiento de la propia entidad.

§ 13. ¿Resulta procedente la suspensión provisoria de un socio, cuando la sociedad cuenta con solo dos integrantes y cada uno es titular del cincuenta por ciento de las participaciones sociales?

Ya nos hemos referido, en los párrafos anteriores, al caso en donde la jurisprudencia denegó la medida cautelar prevista en el art. 91 de la ley 19.550, por el mero hecho de que, de hacerse lugar a la misma, el socio inocente, titular del cincuenta por ciento del capital, se convertiría, a juicio del tribunal, en "amo y señor" de la sociedad, cuando estaba comprobado que el socio culpable había abandonado la sociedad, desarrollaba actividades en competencia y no ingresaba sus resultados a la caja social⁽¹²¹⁾. En el caso "Altesur SRL c/ Ávila Martín Miguel s/ medida precautoria" del 25 de agosto de 2016, el mismo Tribunal —la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial— dispuso que, "debido a su inclusión en la ley societaria como medida específica, también se exige al peticionario de la medida cautelar prevista en el art. 91 de la ley 19.550, que acredite, adicionalmente cual es el peligro que se sigue para el ente de que el socio continúe ejerciendo sus derechos de socio como tal durante la tramitación del proceso tendiente a su exclusión, o que la continuidad operativa de la sociedad puede verse complicada o seriamente perjudicada ante la situación descripta por el peticionario de la medida", requisito que —huelga destacar— no está prevista en la ley 19.550 y que exige al actor una prueba negativa, y por lo tanto de imposible producción.

Este es otro de los tantos ejemplos donde el Tribunal resuelve sobre la base de requisitos no previstos en la ley 19.550, y que carecen de todo fundamento, pues si la exclusión de socio por justa causa exige la existencia de una conducta ilegítima y antisocietaria por parte de uno de sus integrantes (art. 91 de la ley 19.550), la misma índole de la infracción torna absurdos los razonamientos del tribunal expuestos en el párrafo precedente. Con otras palabras, si uno de los socios realiza una actividad en competencia o se quedó con fondos sociales, o impide con su ausencia el normal funcionamiento de la sociedad, ¿hay además que probar que la sociedad debe verse seriamente complicada o perjudicada ante los hechos expuestos por el actor, en la respectiva demanda de exclusión? Con otras palabras, si uno de los socios robó, pero no en la cantidad suficiente para perjudicar financieramente a la sociedad, no existe óbice, según el Tribunal de Alzada, para que el socio ladrón continúe ejerciendo sus derechos de socio, como si nada hubiese ocurrido y así, los ejemplos —fundadas en las habituales actuaciones que dan lugar a este tipo de demandas— se pueden multiplicar hasta el infinito.

La respuesta es desde todo punto de vista evidente.

§ 14 ¿Debe ser adoptada la medida cautelar prevista por el art. 91 in fine de la ley 19.550 en forma restrictiva?

La jurisprudencia de nuestros tribunales, tan proclive a resolver en base a dogmas preestablecidos, han resuelto de esta manera, olvidando que cuando el legislador de 1972 ha querido que una medida cautelar sea apreciada en forma restrictiva, lo ha previsto expresamente, lo cual ocurre en materia de intervención judicial, en el art. 114 segundo párrafo de la ley 19.550, pauta que puede tener alguna explicación en el hecho de que se trata de la incorporación de un tercero en la administración del ente, hecho que, por lo general, puede provocar alguna incertidumbre en el mercado en la cual la sociedad opera.

Pero es evidente que si con respecto a las otras medidas cautelares previstas por la ley 19.550 (arts. 91 y 252 de la ley 19.550), el legislador no ha insistido en forma expresa con el criterio restrictivo para su adopción, es porque no lo ha considerado procedente, en tanto dichas medidas no trascienden a terceros, como sucede con la intervención judicial. Parece conclusión forzosa que si la medida cautelar en análisis está prevista especialmente por la ley de fondo, ya que se trata de cuestiones internas del ente societario, quedando relegados los preceptos que el Código Procesal incorpora en materia de medidas precautorias, que solo pueden ser aplicadas en defecto o en ausencia de previsión expresa de la ley 19.550, el silencio del legislador en torno a la apreciación del carácter restrictivo de la suspensión provisoria de los derechos de socio, a diferencia de lo que, como hemos señalado, sucede con la intervención judicial, debe ser interpretado en el sentido de que no existe pauta ninguna a los fines de la aplicación de dicha medida.

Finalmente, tampoco es cierto que una de las características de toda medida cautelar radica en la estrictez con que la misma debe ser apreciada, sino que, muy por el contrario, abundante jurisprudencia tiene dicho que en materia de medidas precautorias hay que proceder con criterio amplio⁽¹²²⁾, para evitar la frustración del derecho de quien lo solicita, siendo preferible en caso de duda el exceso en acordar la medida que la parquedad en negarla⁽¹²³⁾, toda vez que las medidas cautelares se disponen para evitar que el resultado de un proceso aparezca frustrado por las contingencias que se puedan presentar en su curso⁽¹²⁴⁾.

§ 15. ¿Puede excluirse al socio durante el proceso liquidatorio?

Es cuestión controvertida en doctrina la posibilidad de excluir a un socio —en aquellas sociedades comerciales que la ley 19.550 lo admite (arts. 90 a 93)— luego de producida la disolución de la sociedad, cuando ésta se encuentra en la etapa liquidatoria.

Disentimos⁽¹²⁵⁾ con la tesis desfavorable a la procedencia de la figura de la exclusión en la etapa liquidatoria toda vez que:

a) La sociedad no se extingue ante el acaecimiento de una causal disolutoria, sino que la misma continúa con su personalidad jurídica —bien que limitada al cumplimiento del fin de la liquidación— hasta la cancelación de su inscripción en el Registro Público de Comercio (arts. 101 y 112 de la ley 19.550).

b) De manera tal que nada justifica consentir actitudes, conductas o actuaciones realizadas por un socio que resulten incompatibles con el interés social y que, como bien lo define el art. 91 segundo párrafo de la ley 19.550, haya implicado, por parte de ese socio, un "grave incumplimiento de sus obligaciones".

c) Contribuye a sostener lo expuesto, el comprobado hecho de que la etapa liquidatoria de la sociedad no es un camino que se transite en poco tiempo, sino que, por el contrario, suele prolongarse por varios años, por lo que, como se ha dicho, no existen argumentos legales que justifiquen mantener en la sociedad, durante todo ese tiempo, a un socio moroso en el cumplimiento de sus obligaciones, pues ello puede provocarle a la sociedad gravísimos perjuicios en torno a su funcionamiento o a su patrimonio.

Sin embargo, es necesario compatibilizar el instituto de la exclusión del socio, como causa de resolución parcial del contrato de sociedad, con la naturaleza y efectos que produce proceso liquidatorio de la compañía.

En primer lugar, la exclusión del socio durante la etapa en análisis, solo debe comprender a los supuestos en que éste incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones sociales y no en los casos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, como el art. 91 segundo párrafo de la ley 19.550 lo prevé para las sociedades de personas y para las sociedades de responsabilidad limitada, cuando se trata de un socio o cuotista que se incorporó a la sociedad con posterioridad a la constitución de la misma, pues como es sabido, y mediante una régimen absolutamente incomprensible y carente de toda fundamentación lógica y jurídica, la ley 22.903 no admite la exclusión del socio en los casos de incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, cuando se trata del socio fundador y sí lo acepta, por el contrario, cuando se trata de un socio que se ha incorporado posteriormente a la sociedad.

Así como resultaría sumamente perjudicial para la sociedad y su patrimonio, mantener en el elenco de socios a quien utiliza fondos y efectos de la sociedad para uso o provecho propio, o no contribuye al funcionamiento del ente, para solo mencionar algunos supuestos de graves incumplimientos de las obligaciones que la ley 19.550 impone a los integrantes de una sociedad comercial, la sustitución del socio por su curador o síndico, que es el fundamento que justifica la exclusión del socio cuando se presentan los supuestos previstos por la segunda parte del primer párrafo del art. 91, no causa perjuicios al ente ni a su funcionamiento durante su etapa liquidatoria.

Por otro lado, resulta inaplicable al supuesto de exclusión del socio en la etapa liquidatoria, lo dispuesto por el art. 92 inc. 1º de la ley 19.550, en cuanto prevé, como regla general en lo que respecta a los efectos de la referida exclusión, el derecho del socio excluido a la percepción de una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión, pues si esta se produjo durante la etapa liquidatoria, no existe tampoco fundamento legal que excluya al socio infractor de la percepción de su cuota liquidatoria, que, obvio es destacarlo, constituye la única expectativa patrimonial que gozan todos los socios una vez producida la causal de disolución.

En consecuencia, y una vez dictada la sentencia definitiva que declaró procedente la exclusión del socio, promovida por la sociedad o por cualquiera de los restantes integrantes de ésta, como lo autorizan los últimos párrafos del art. 91 de la ley 19.550, el socio excluido solo tendrá derecho a percibir, cuando corresponda, el reembolso de su capital y de su cuota liquidatoria (art. 109), sobre la cual la sociedad podrá hacerle las retenciones mencionadas en el inc. 3º del art. 92, resultando asimismo aplicables las previsiones de los incs. 2º, 4º y 5º de la mencionada norma⁽¹²⁶⁾.

§ 16. La exclusión de socios en las sociedades anónimas

Hemos ya abordado la cuestión al comentar el art. 89 de la ley 19.550, donde se ratificó que si bien la ley 19.550 parece descartar la aplicación de todas las variantes de la resolución parcial para las sociedades anónimas (y para los socios comanditarios de las sociedades en comandita por acciones), esta doctrina se encuentra actualmente en plena revisión, en tanto los argumentos que la sostienen pecan de dogmatismo extremo (el carácter circulatorio de las acciones), amén que, de resultar acertado este fundamento, ello resultaría solo aplicable para las sociedades anónimas que cotizan hacen oferta pública de sus acciones.

Si bien es cierto que la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles se muestran irreductibles en sostener la improcedencia de excluir a un accionista en una sociedad anónima, salvo pacto en contrario en el estatuto, por cuanto este tipo social se encuentra excluido de la nómina de las sociedades que contiene el art. 91 de la ley 19.550⁽¹²⁷⁾, habiéndose rechazado incluso un planteo de inconstitucionalidad de dicha norma⁽¹²⁸⁾, la moderna doctrina nacional insiste en la necesidad de plantear una interpretación finalista y no literal al art. 91 de la ley 19.550, en tanto la exclusión del socio constituye una eficaz forma de poner fin a los conflictos internos, eliminándose del seno de la sociedad a quien carece de la mas mínima intención de cumplir las obligaciones que le impone el estado de socio. La simple lectura de las actas de los últimos congresos de derecho mercantil revelan una tendencia que, de seguro, será plasmado en una futura pero necesaria reforma legislativa⁽¹²⁹⁾.

ART. 92.—

Exclusión: efectos. La exclusión produce los siguientes efectos:

1) el socio excluido tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte a la fecha de la invocación de la exclusión;

2) si existen operaciones pendientes, el socio participa en los beneficios o soporta sus pérdidas;

3) la sociedad puede retener la parte del socio excluido hasta concluir las operaciones en curso al tiempo de la separación;

4) en el supuesto del art. 49, el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si éste es indispensable para el funcionamiento de la sociedad y se le pagará su parte en dinero;

5) el socio excluido responde hacia los terceros por las obligaciones sociales hasta la inscripción de la modificación del contrato en el Registro Público de Comercio.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 13 inc. 5º, 91; ley 19.551: art. 164. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 191. LSC Uruguay: arts. 153 a 155.

§ 1. Efectos de la exclusión. Valor de la parte del socio excluido

Como acto que modifica el contrato social, la sentencia que haga lugar a la exclusión solicitada debe inscribirse en el Registro Público de Comercio para tener efectos frente a terceros en los términos del art. 12, LSC. En su defecto, el socio continuará respondiendo por las obligaciones sociales, pudiéndosele incluso extender la quiebra de la sociedad en los términos del art. 160 de la ley 24.522. El socio excluido podrá sin embargo proceder a la registración de dicho acto a los efectos de evitar tales inconvenientes.

La ley prescribe que el socio tiene derecho a una suma de dinero que represente el valor de su parte "a la fecha de la invocación de la exclusión". De esta manera preserva sus derechos, impidiendo maniobras sociales tendientes a minimizar su parte social mediante sucesivos aumentos del capital social o cualquier actuación de la sociedad que implique una descapitalización, lo cual puede adquirir gravedad cuando es resuelta judicialmente la suspensión provisoria de sus derechos.

Queda pues en claro que si bien es el juez quien, por sentencia judicial, resuelve la exclusión, ella tiene efectos retroactivos al acto en que la exclusión fuera invocada, es decir, en la reunión de socios en que su conducta fuera juzgada y resuelta la acción judicial y, tratándose de una demanda individual de exclusión, desde la fecha de promoción de la misma, si la reunión de socios aludida no hubiera sido celebrada.

La controversia sobre el valor de liquidación parcial no prolonga el vínculo del socio excluido o retirado con la sociedad, pues la determinación económica de su participación es una consecuencia natural y necesaria de la resolución parcial y, como bien se ha expresado en un fallo judicial, aquella sólo puede efectuarse luego de resuelto el vínculo social⁽¹³⁰⁾.

Prescribe el art. 92, inc. 2º, que el socio participa en el riesgo de las operaciones pendientes, pero la sociedad puede retener la parte del socio excluido (fallecido o retirado) hasta cubrir las operaciones en curso al tiempo de la separación.

Ello ha llevado a la doctrina a calificar debidamente lo que debe entenderse por "operaciones pendientes", habiéndose definido a estas como aquellos negocios en curso de ejecución, vale decir, promovidos antes de la exclusión que no hayan concluido definitivamente o que, formalizados, no fueran realizados⁽¹³¹⁾. De allí que, como acertadamente lo manifiesta Escutti, el ex socio o los herederos del socio fallecido puedan fiscalizar todo lo referente a las operaciones pendientes, con pleno derecho de información e incluso, con posibilidad de solicitar la designación de un interventor informante⁽¹³²⁾.

La ley 19.550 no es clara ni se explaya sobre la liquidación del valor de la parte del ex socio o del socio fallecido, lo cual origina una serie de problemas, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de receso, en donde el legislador no sólo se refiere a la forma de la determinación del valor de la parte del socio recedente, sino que también otorga a la sociedad un plazo determinado para abonar el mismo (art. 245, LSC).

En cuanto al primer problema, esto es, el procedimiento para la determinación de la parte del ex socio o del socio fallecido, resulta evidente la realización de un inventario y balance especial de liquidación parcial que, atento al silencio de la ley y aplicando criterios analógicos previstos en el mismo ordenamiento societario, deben ser efectuados en los plazos previstos por el art. 103, LSC.

Ese balance de liquidación parcial, o de situación patrimonial, como lo denomina Verón⁽¹³³⁾, no constituye un balance de ejercicio ni uno de liquidación que atienda a valores de realización o enajenación del activo, ya que aquel tiende a mostrar el valor real de la empresa⁽¹³⁴⁾. La valuación de los bienes del activo deben ser expresados "por el valor comercial vivo", esto es, el valor que tendrían ventajosa y convenientemente posible, con lo cual se incluye el valor llave y de la empresa en marcha, en la medida que la expectativa de lucro no puede beneficiar exclusivamente a los restantes integrantes de la sociedad, aprovechándose de las aptitudes actuales de la empresa a la cual el socio excluido, retirado o fallecido ha contribuido a conformar.

A mayor abundamiento, el art. 13, inc. 5º de la ley, prevé pautas para la determinación del precio del socio saliente, y, aunque esa norma se refiere a la ilicitud de las cláusulas del contrato social que prevean la adquisición de la parte de un socio por otro, "que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva", vale para el caso en análisis el principio general allí contenido.

Si bien el balance especial de liquidación debe ser efectuado por los administradores de la sociedad, ello no excluye la participación del socio saliente (o de sus herederos), a quien le asiste un amplio derecho de control y de revisión judicial.

En cuanto al pago de la parte del ex socio, valen las conclusiones efectuadas al tratar el valor de la parte del socio fallecido, resultando de lamentar que el legislador no haya otorgado un plazo a la sociedad para hacer efectivo el mismo, pero, en ausencia de cláusula contractual al respecto, plenamente admisible a tenor de lo dispuesto por el art. 89, LSC, no sería exagerado predicar la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 245, LSC, esto es, un año desde el fallecimiento del socio o de la sentencia de exclusión, con derecho del ex socio o sus herederos de exigir la actualización de ese valor a la fecha de su efectivo pago.

Finalmente, el art. 92, inc. 4º establece un criterio sólo aplicable a la resolución parcial por exclusión, prescribiendo que el socio excluido no podrá exigir la entrega del aporte si este es indispensable para el funcionamiento de la sociedad, y se le pagará su parte en dinero.

Ello es una consecuencia del carácter sancionatorio que, en principio, caracteriza a la exclusión del socio, y tiende además a la conservación de la empresa, que no puede quedar afectada por las inconductas de un socio.

Sin embargo, ese criterio parece exagerado cuando la exclusión se origina en la declaración de incapacidad, inhabilitación, quiebra o concurso civil liquidatorio de un socio, atento la naturaleza accidental de estos supuestos. Creemos que el legislador debió dejar a salvo estos supuestos, que bien pueden asimilarse, a los efectos previstos por el art. 92, a la hipótesis del fallecimiento del socio.

§ 2. La sociedad y el reembolso del valor de la parte del socio excluido o fallecido

El reembolso por la sociedad de la parte del ex socio puede ser realizado de la siguiente manera:

a) Mediante reservas libres, facultativas, resultados no asignados o utilidades líquidas y realizadas (arts. 153 y 220, inc. 2º de la ley 19.550). En este caso, la sociedad podrá enajenar las partes sociales o cuotas adquiridas, dentro del plazo previsto por el art. 221 del mismo ordenamiento legal, aplicable por analogía.

b) Mediante la reducción de su capital social, en cuyo caso, y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, debe cumplirse con lo dispuesto por los arts. 203 y 204, LSC, en protección de los acreedores sociales. Idénticos requisitos deben cumplirse tratándose del ejercicio del derecho de recesso en las sociedades anónimas. Tratándose de las llamadas sociedades por parte de interés, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios torna innecesario el régimen de publicidad y oposición previsto por aquella norma.

ART. 93.—

Exclusión en sociedad de dos socios. En las sociedades de dos socios procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92; el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis (Texto ley 26.994).

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 82, 84, 91, 92, 94 inc. 8, 100. Resolución General IGJ nº 7/2015, arts. 191 y 201; LSC Uruguay: art. 156.

§ 1. La exclusión de socios en una sociedad de solo dos integrantes

Conforme lo dispuesto por el art. 93 de la ley 19.550, nada obsta a la procedencia de la exclusión de un socio en las sociedades integradas solo por dos socios. Al respecto, y con gran coherencia, el art. 93 en su versión original prescribía que resultaba procedente en las sociedades de dos socios la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92. En tal caso, el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 inc. 8º LGS.

Sin embargo, como la ley 26.994 ha incorporado al ordenamiento societario argentino la sociedad de un solo socio, ello obligó a modificar el referido art. 93, el cual, conforme su versión actual, dispone que en las sociedades de dos socios, procede la exclusión de uno de ellos cuando hubiere justa causa, con los efectos del art. 92, esto es, el socio inocente asume el activo y pasivo sociales, sin perjuicio de la aplicación del art. 94 bis.

La remisión al art. 94 bis no es clara, pues no son precisamente claros los efectos de dicha norma —en cuanto dispone que la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución —, esto es, si dicha norma se aplica solo a las sociedades en comandita simple y por acciones y de capital e industria, como parece surgir de la letra de la ley, o, por el contrario, a cualquier tipo de sociedad, interpretación, esta última que aparece como totalmente contradictoria con lo dispuesto por el art. 1º de la ley 19.550, cuando —como hemos visto— solo autoriza la constitución de sociedades de un solo socio bajo el formato de la sociedad anónima.

De manera tal que, conforme a la actual redacción del art. 93, por la ley 26.994, ante la exclusión de un socio, en una sociedad de solo dos miembros, las soluciones son las siguientes:

a) Declarada la exclusión por sentencia definitiva, el único socio debe recomponer la pluralidad de integrantes del ente, en cuyo caso deberá transferir parte de sus participaciones a un tercero. No olvidemos al respecto que el pago de la parte el socio excluido implica necesariamente la reducción del capital social y la cancelación de las cuotas correspondientes al ex socio.

b) Puede asimismo el socio único iniciar el procedimiento liquidatorio, con el fin de extinguir la existencia de la persona jurídica.

El problema que origina la deficiente redacción de las normas de la ley 26.994 —que con toda seguridad obligará a nuestros tribunales a pronunciarse en forma inmediata— es la posibilidad de que el socio único pretenda continuar con la sociedad unipersonal, a pesar de no tratarse de una sociedad anónima del art. 299, pues como es sabido, el instituto de la exclusión de socio no es solución aplicable precisamente al tipo societario que el legislador del 2015 ha elegido como único molde para albergar la figura de las sociedades unipersonales.

Esta conducta podría estar supuestamente justificada por la derogación del inc. 8º del art. 94 de la ley 19.550, en cuanto preveía, como causal de disolución, la reducción a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el término de tres meses, siendo en ese lapso responsable el socio único, en forma ilimitada y solidaria con la sociedad, por las obligaciones sociales contraídas, de modo que, partiendo de esa sola derogación, no faltarán quienes prediquen que la reducción a uno del número de socios no configura nunca una causal disolutoria, cuando es de toda evidencia, por aplicación del método exegético y finalista de la norma, que se refiere exclusivamente a las sociedades allí previstas (sociedades en comandita, simple o por acciones y de capital e industria).

La derogación del art. 94 inc. 8º de la ley 19.550 por la ley 26.994 ha sido un verdadero despropósito, pues solo se encontraba justificación para así proceder, si el legislador hubiera admitido la posibilidad de constituir sociedades unipersonales bajo cualquiera de los tipos previstos en el capítulo II de la ley general de sociedades, pero al reservar a las sociedades unipersonales el molde de las sociedades anónimas —y dentro de ellas, solo las previstas en el art. 299 de la ley 19.550—, debe concluirse que el art. 94 bis, al cual remite expresamente el art. 93 en materia de exclusión de un socio en una sociedad de dos integrantes, solo es aplicable cuando se trata de una sociedad en comandita simple o por acciones o de capital e industria, pero no a las demás tipos sociales no previstos en aquella norma.

Lamentablemente, ni la redacción del nuevo art. 93 ni del art. 94 bis de la ley 19.550 colaboran para lograr una conclusión definitiva y terminante sobre la cuestión, pero no obstante que el primer párrafo de esta norma puede dar lugar a todo tipo de interpretaciones, en cuanto dispone que "La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución", reitero una vez más que dicha definición solo se refiere a las sociedades mencionadas a continuación —las sociedades en comandita y de capital e industria— a las cuales impone una determinada actuación para evitar su liquidación, consistente en una inimaginable "transformación de pleno derecho" en sociedades anónimas unipersonales, pero carecería de todo sentido —como hemos visto— prescribir, como lo hace la ley 26.994, que las sociedades de un solo socio deben ser constituidas necesariamente bajo el molde de las sociedades anónimas, sujeta a una serie de requisitos tendientes a la protección de los terceros y a lograr la mayor de las transparencias en lo que respecta a su funcionamiento (art. 299 LGS), para luego permitir la circulación de cualquier tipo de sociedad de un solo socio, por el solo hecho de haber quedado reducida la misma a un solo integrante, como consecuencia de la exclusión o muerte del otro socio.

§ 2. ¿Es necesaria la celebración de una reunión de socios para resolver la exclusión en estos casos?

Un problema que se presenta frecuentemente, habida cuenta que las sociedades en las cuales la figura de la exclusión de socios es admisible, reúnen por lo general, a un escaso número de socios, consiste en la necesidad de convocar a la

asamblea o reunión de socios, cuando la sociedad cuenta con solo dos integrantes, y la conducta de uno de ellos será objeto de consideración a los fines de decidir su exclusión del ente.

Por una parte, partiendo de una interpretación literal del art. 91 de la ley 19.550, se sostuvo que la decisión del órgano de gobierno de la sociedad que resuelve la promoción de la acción judicial de un socio, es siempre imprescindible, aún tratándose de una sociedad de dos socios, pues así lo impone el respeto al principio de la personalidad jurídica de la sociedad, a tenor del art. 2º de la ley 19.550, en donde la voluntad de un socio o de un controlante, no puede nunca suplir la voluntad de la sociedad, que en el caso es propia, exclusiva y excluyente. Sostuvo la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de Mendoza, en el caso "Villanueva Zaefferer Joaquín c/ Barboza Enrique P. s/ acción de exclusión de socios", de fecha 10 de octubre de 1995, que no parece atendible que pueda sostenerse la irrelevancia de una decisión de la sociedad en tal sentido o la falta de practicidad de convocar al órgano de gobierno de la sociedad, con el simple argumento de que el socio inocente tiene facultades de iniciar la demanda como tal y no como representante de la sociedad, ya que la jurisprudencia otorga diferentes efectos a la acción de exclusión promovida por la sociedad con respecto a la demanda iniciada por el socio, en especial en cuanto a la inadmisibilidad de la medida cautelar prevista por el art. 91, cuarto párrafo de la ley 19.550, para este último caso.

En sentido diametralmente opuesto, la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en el caso "Vélez Carlos Alberto c/ Benac Cecilia del Carmen s/ sumario", del 24 de marzo de 2003, sostuvo que resultaría ocioso y por ende meramente dilatorio, exigir que en una sociedad de responsabilidad de solo dos socios, el actor agote las vías societarias en forma previa a accionar como lo hizo —sin acreditar la adopción de una resolución social en tal sentido— demandando judicialmente la exclusión del restante, pues frente al conflicto suscitado entre las partes, y atento a las acciones de exclusión de socios iniciadas recíprocamente, y teniendo en cuenta que cada una de las partes tiene la titulariza del 50% de las cuotas de la sociedad, es evidente que la celebración de una asamblea previa para deliberar sobre la exclusión carecería de sentido final útil.

La doctrina tampoco es coincidente al respecto, prescindiendo de la misma autores como Zaldívar⁽¹³⁵⁾ y Zunino⁽¹³⁶⁾, para quienes basta la demanda judicial promovida por el socio inocente. Por el contrario, exigiendo con carácter previo a la promoción de esa acción, la necesaria resolución del órgano de gobierno de la sociedad, se pronuncia Barrau⁽¹³⁷⁾, quien no obstante acepta, con un criterio de practicidad, que basta la consulta al socio culpable requiriendo su opinión sobre la aceptación de su exclusión, la cual, acatada, torna innecesaria la decisión de aquel órgano y obviamente la demanda judicial.

A mi juicio, la decisión del órgano de gobierno de la sociedad, que resuelva la promoción de la acción judicial de un socio es siempre imprescindible, aun tratándose de una sociedad de dos socios, pues así lo impone el respeto al principio de la personalidad jurídica de la sociedad, a tenor del art. 2º de la ley 19.550, en donde la voluntad de un socio o del controlante, no puede nunca suplir la voluntad de la sociedad, que, en el caso es propia, exclusiva y excluyente. Contra ello no parece atendible que pueda sostenerse la irrelevancia de una decisión de la sociedad en tal sentido, o la falta de practicidad de convocar al órgano de gobierno de la sociedad, con el simple argumento de que el socio inocente tiene facultades de iniciar la demanda como tal y no como representante de la sociedad, pues como se ha visto, la jurisprudencia otorga diferentes efectos a la demanda de exclusión promovida por la sociedad con respecto a la iniciada por el socio, en especial, en cuanto a la inadmisibilidad de la medida cautelar prevista por el art. 91, párr. 4º de la referida ley, para este último caso⁽¹³⁸⁾.

Por otra parte, la celebración de un acto asambleario en donde se discuta la exclusión de uno de los socios en una sociedad de solo dos integrantes, tampoco puede considerarse como una actuación prescindible, que nada aporta al conflicto, pues en dicha oportunidad el socio infractor podrá ejercer su derecho de defensa, sin que su presencia impida la adopción de la resolución mediante el voto del restante socio, pues aquel carece de derecho de voto, por tener evidente interés contrario (art. 248 de la ley 19.550).

§ 3. La asunción, por el socio inocente, del activo y pasivo de la sociedad

La sentencia de exclusión, en una sociedad comercial de solo dos integrantes, produce automáticamente la asunción por el socio inocente del activo y pasivo de la sociedad. El art. 93 de la ley 19.550, es categórico sobre este punto.

La solución legal se inspira en la necesidad de la pluralidad de socios como requisito esencial para la existencia de la sociedad, y el legislador, con ella, pretende superar toda discusión en punto a la pretendida legitimidad de las sociedades de un solo socio. Por ello, si el socio inocente no encara directamente la liquidación del ente, y continúa con la explotación empresarial, asume en consecuencia la responsabilidad que le corresponde como un comerciante individual, quien responde en forma ilimitada por todas las obligaciones contraídas con terceros, cualquiera fuere la naturaleza de ellas.

Es verdad, como lo sostiene Barrau, que con ellos los acreedores de la sociedad, cuando ésta fuere de aquellas en las cuales la responsabilidad de los socios es limitada, pueden verse beneficiados, pero no debe olvidarse que, para evitar la responsabilidad ilimitada que el art. 93 impone, el socio inocente cuenta con dos alternativas: a) disolver la sociedad de inmediato y liquidarla, en cuyo caso, la responsabilidad propia del tipo social se mantiene, o b) reconstituir la pluralidad de socios, en cuyo caso, la responsabilidad amplia sólo se extiende desde la sentencia de exclusión hasta la incorporación del nuevo socio, lo cual sólo será oponible a terceros desde la inscripción de esta incorporación en el Registro Público.

La asunción del activo y pasivo por parte del socio inocente o socio único implica la extinción de la sociedad, que se disuelve sin liquidarse, pues el procedimiento liquidatorio carece de sentido en tanto se repare que todo el patrimonio social se incorpora al patrimonio del único socio, que asume una responsabilidad ilimitada por las deudas de la sociedad. El art. 93 de la ley 19.550, contempla un supuesto casi idéntico al de la fusión por absorción⁽¹³⁹⁾, pues si bien el supuesto que se analiza no puede considerarse técnicamente una fusión, por ser necesaria, para la existencia de este instituto, la participación de dos sociedades (art. 82) no pueden caber dudas de que las disposiciones de la fusión por absorción le resultan aplicables por analogía, y en especial, en lo que se refiere a la incorporación de los bienes registrables de la sociedad al patrimonio del socio único, que debe ser ordenada por el funcionario a cargo de la autoridad de control, en el trámite inscriptorio de la disolución de la sociedad (art. 84, párr. 3º).

La inscripción de la disolución de la sociedad en el Registro Público implica también la registración de la cancelación de la misma, cumpliéndose simultáneamente las registraciones previstas por los arts. 98 y 112 de la ley 19.550. Esta inscripción cumple funciones meramente declarativas, en cuanto a que la absorción del patrimonio de la sociedad por el socio único no depende de este acto registral, pero sólo a través de este el socio obtendrá la transferencia de los bienes sociales en su favor.

Puede suceder que el socio único no adopte ninguna de las vías previstas en la ley 19.550, esto es, que deje pasar el tiempo sin inscribir la disolución de la sociedad, ni incorporar un nuevo socio como forma de evitar la extinción del ente. La respuesta a ese interrogante es simple, pues como la asunción del activo y pasivo de la sociedad se produce en forma automática y no requiere decisión alguna del socio único⁽¹⁴⁰⁾, la ausencia de todo trámite registral disolutorio y la falta de transferencia de los bienes registrables de la sociedad en cabeza del socio único no implica nunca la subsistencia de la sociedad, que ha quedado extinguida de pleno derecho con el acaecimiento de la causal resolutoria. En consecuencia, los acreedores sociales podrán agredir a los bienes del socio único desde ese momento, entre los cuales se encuentran los bienes que pertenecieron a la sociedad, e iguales derechos les corresponde a los acreedores particulares del mismo.

ART. 94.—

Disolución: causas. La sociedad se disuelve:

- 1) por decisión de los socios;
- 2) por expiración del término por el cual se constituyó;
- 3) por cumplimiento de la condición a la que se subordinó su existencia;
- 4) por consecución del objeto para el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
- 5) por pérdida del capital social;
- 6) por declaración en quiebra. La disolución quedará sin efecto si se celebrase avenimiento o se dispone la conversión
- 7) por su fusión en los términos del art. 82;
- 8) por sanción firme de cancelación de oferta pública o de la cotización de sus acciones. La disolución podrá quedar sin efecto por resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los 60 días de acuerdo con el art. 244, cuarto párrafo;
- 9) por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar cuando leyes especiales la impusieren en razón del objeto. [Texto según ley 26.994]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 1º, 11 incs. 3º y 5º, 74, 82, 88, 89, 93, 95, 96, 100, 131, 139, 140, 145, 160, 244. Resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia, arts. 31, 190, 191 y 201. LSC Uruguay: art. 159.

§ 1. Disolución. Concepto y efectos. Diferencia con la liquidación

A diferencia de la resolución parcial del contrato de sociedad, que afecta el vínculo de uno o varios socios con la misma, la disolución implica el punto final de su vida activa y una profunda mutación del fin societario, pues como consecuencia del acaecimiento de una causal disolutoria, la sociedad dejará de realizar, como actividad específica, aquella enmarcada en el objeto social, para reemplazarla por una actuación encaminada a la venta de los bienes sociales, cancelación de su pasivo y eventual distribución del remanente entre los socios.

Puede pues definirse a la disolución, siguiendo a Benseñor⁽¹⁴¹⁾, como el acto o instante dentro del íter societario, que detiene el cumplimiento del objeto social y hace ingresar a la entidad en la etapa de la liquidación.

La disolución de la sociedad es un acontecimiento motivado por diversas causas, a diferencia de la liquidación, que es un procedimiento encaminado a la extinción de aquella, y en el cual la sociedad debe concluir sus relaciones pendientes, realizando el activo y cancelando el pasivo.

Las consecuencias del acaecimiento de una causal disolutoria son las siguientes: a) Implica la mutación total del objeto social, en tanto la sociedad no podrá dedicarse más a su actividad empresarial; b) Inicia la etapa de liquidación de la sociedad, tendiente a extinguir las relaciones con los terceros, para proceder luego —en caso de existir— a la distribución del remanente y el reembolso del capital social entre los socios; c) Obliga a los administradores a atender con exclusividad los asuntos inherentes a la liquidación; d) Impone a los administradores y a los socios que ignoren la etapa liquidatoria la responsabilidad solidaria e ilimitada frente a terceros, por los obligaciones contraídas por aquellos, sin distinción de tipos (arts. 99, 101 y ss. de la ley 19.550).

Es importante destacar que la disolución no pone fin a la vida de la sociedad, sino que, como veremos, sólo abre el camino a la etapa liquidatoria, y la sociedad sólo se considerará extinguida, como sujeto de derecho, con la inscripción de la cancelación de la inscripción en el Registro Público. Con otras palabras, la gran importancia que reviste la disolución consiste en poner fin a la actividad dinámica y empresarial que la misma desarrollaba, subsistiendo la sociedad al solo efecto de la conclusión de sus relaciones pendientes y la realización de su activo. Por ello, a partir del acaecimiento de la causal disolutoria, los socios pierden el derecho de percibir sus dividendos, a la espera del reembolso del capital aportado y eventualmente, de la cuota liquidatoria.

Hemos dicho que la disolución abre el camino de la liquidación, y ello vale como principio general, con excepción de algunos supuestos muy específicos, en donde puede acontecer una causal disolutoria de la cual no se siga el procedimiento liquidatorio, como es el caso de la fusión, en donde las sociedades intervinientes en ese proceso, o la sociedad incorporada, en la fusión por absorción, "se disuelven sin liquidarse" (art. 82), lo cual se explica porque la nueva sociedad (en el caso de fusión propiamente dicha) o la sociedad incorporante, asume el activo y pasivo de las sociedades intervinientes o sociedad incorporada, respectivamente, continuando aquellas con las relaciones jurídicas preexistentes de estas últimas. Lo mismo acontece en el caso de la escisión, división prevista por el art. 88, punto III, en el cual una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir una o varias sociedades nuevas.

Inversamente a lo explicado en el párrafo anterior, hay casos excepcionales en que la sociedad puede entrar en liquidación sin que sea menester una causal disolutoria, y ello acontece en los casos de declaración judicial de nulidad de la sociedad (arts. 16 a 20), aun cuando, en puridad, esa sentencia constituye una causal disolutoria, a pesar de no estar incluido ese supuesto en las hipótesis previstas por el art. 94 de la ley en análisis.

Obviamente, la disolución no implica por sí la extinción de la sociedad, pues la actividad desplegada por esta ha generado relaciones de muy diversa índole que, siguiendo palabras de Cámara⁽¹⁴²⁾, no pueden quedar en el aire por el acaecimiento de una causal disolutoria. A partir de allí comienza el período liquidatorio (salvo los excepcionales supuestos previstos en párrafos anteriores), en el cual la sociedad subsiste limitada a los efectos de su liquidación y el giro de la misma sólo debe continuar para finalizar los negocios pendientes y concluir de esa manera, las relaciones jurídicas existentes, con la prohibición que pesa sobre los liquidadores y la propia sociedad de exorbitar la liquidación mediante actos aislados.

El acaecimiento de la causal disolutoria tampoco afecta el funcionamiento de los órganos sociales, ni implica para los administradores la automática cesación en sus cargos. La ley 19.550 ha previsto lo que en doctrina se ha denominado como "principio de la continuidad", conforme al cual el órgano de administración existente mantiene interinamente sus funciones hasta que sea designado el liquidador, y mientras tanto, conserva la representación social, con los límites previstos por el art. 99 de la ley en análisis.

§ 2. Causales de disolución

El art. 94 de la ley 19.550 realiza una enumeración de ciertas causales de disolución, que de ninguna manera puede considerarse taxativa, de acuerdo con lo establecido por el art. 89, que autoriza a los socios a prever, en el contrato constitutivo o estatuto, causales de disolución no previstas en la ley. Ejemplo de ello lo constituyen las cláusulas contractuales o estatutarias que prevén la disolución de la sociedad frente a la muerte de un socio, cuya actuación o prestación los socios consideren esencial, o frente a una hipótesis de conflicto entre los socios, que tornen imposible el desarrollo de la operatoria social.

Las causales de disolución previstas en el art. 94 tampoco agotan la enumeración de aquellas prescriptas legalmente, y la jurisprudencia, fundado en lo dispuesto por el art. 89, se ha encargado muy bien de estacar que la enunciación prevista por dicho artículo no es taxativa⁽¹⁴³⁾ pues existen disposiciones de la ley 19.550 que mencionan otras causales disolutorias. Por ejemplo, el art. 25 lo hace para las sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I; el art. 32 dispone que cuando no se reduzca el capital integrado mediante participaciones recíprocas en dos o más sociedades —que constituye una actuación que la ley prohíbe expresamente—, dentro del término de tres meses, la disolución se produce de pleno derecho; el art. 140, referido a las sociedades en comandita simple y por remisión a las sociedades en comandita por acciones, prescribe que la sociedad se disuelve si no se regulariza o transforma dentro del plazo de tres meses de que se produzca la quiebra, muerte, concurso, incapacidad o inhabilitación de todos los socios comanditados y, finalmente, el art. 347 mediante el cual el legislador admite la posibilidad de que una asamblea de debenturistas pueda resolver la disolución de la sociedad.

Ahora bien, si bien el art. 89 de la ley 19.550 prevé expresamente la posibilidad de los socios de pactar, en el acto constitutivo, el acaecimiento de otras causales disolutorias distintas a las previstas por la ley 19.550, la jurisprudencia se ha encargado muy bien de señalar que no podría, por esta vía, afectarse el sistema de funcionamiento y de competencias orgánicas de la sociedad anónima. Ello fue resuelto por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, el 27 de abril de 1999, en autos "Schulze Hermanos SA c/ la Inspección General de Justicia", y se trataba de un caso donde se había autorizado, por vía estatutaria, que un determinado porcentaje de accionistas (el 10%) podría requerir la disolución anticipada de la sociedad, la cual fue considerada por el mencionado tribunal como inadmisible, con el argumento de que si bien el art. 94 inc. 1º de la ley 19.550 admite como causal de disolución de la sociedad la decisión de los socios, ella debe ser adoptada en una asamblea de accionistas, con las mayorías más rigurosas, de modo que este sistema no podría ser dejado sin efecto como consecuencia de una causal convencional de disolución contemplada en el estatuto, conforme a la cual la disolución anticipada puede producirse, como se ha visto, a pedido de un determinado porcentaje de accionistas.

Si bien la doctrina ha realizado varias clasificaciones de las causales de disolución, sólo una de ellas reviste interés práctico, y es la que divide a las mismas en causales disolutorias que se producen de pleno derecho y aquellas denominadas "potestativas", que requieren una expresa decisión de los socios para considerar disuelta a la sociedad.

La disolución de pleno derecho se produce cuando no es requerible una decisión de los socios para que se opere la disolución de la sociedad ni es tampoco necesaria una comprobación del acaecimiento de la causal disolutoria.

Ello ocurre en varios supuestos, como por ejemplo, el vencimiento del plazo de duración (art. 94, inc. 2º); la declaración en quiebra (art. 94, inc. 6º); la reducción a uno del número de socios si no se reconstituye la pluralidad después de tres meses (art. 94, inc. 8º); la sanción firme de cancelación de oferta pública o cotización de sus acciones (art. 94, inc. 9º); la resolución firme del retiro de la autorización para funcionar, cuando leyes especiales la impusieran en razón de su objeto (art. 94, inc. 10); la notificación disolutoria fehaciente por un socio en una sociedad irregular o de hecho (art. 22); la no reducción del capital integrado mediante participaciones recíprocas dentro del término de tres meses de efectuado ese aporte (art. 32) y, la no regularización de la sociedad en comandita dentro del plazo de tres meses, frente al fallecimiento, inhabilitación, quiebra, concurso o incapacidad de todos los socios comanditados.

En estos casos, en que la disolución se produce de pleno derecho o ipso iure, la apertura de la etapa liquidatoria se produce inmediatamente, sin necesidad de declaración de su acaecimiento por los socios, aun contra su voluntad y pese a la renuencia de los mismos en reconocerla o admitirla, lo cual, como bien lo señala Benseñor⁽¹⁴⁴⁾, no influye en su producción. En consecuencia, si los administradores no se limitan a atender los asuntos urgentes y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación, son responsables en forma solidaria e ilimitada frente a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos (art. 99 de la ley 19.550).

Las causales potestativas, por el contrario, requieren una declaración de los socios (obviamente reunidos en el órgano de gobierno) o una comprobación del suceso que ha producido la disolución de la sociedad, y hasta tanto ello no suceda, las facultades de los administradores no varían y no comprometen la responsabilidad amplia y solidaria prevista por el

art. 99 de la ley 19.550. Ejemplo de las causales de disolución potestativas lo encontramos, obviamente, en la voluntad disolutoria de los socios prevista por el art. 94, inc. 1º, la pérdida del capital social, que requerirá en principio la elaboración de balances o estados patrimoniales que acreditan esa circunstancia, el agotamiento o imposibilidad de lograr el objeto social o el cumplimiento de la condición a la que se subordinó la constitución de la sociedad (art. 94, incs. 3º y 4º).

Pero de la necesidad de la declaración o comprobación por los socios de dichas causales disolutorias no se deriva necesariamente que la disolución no se haya producido, pues cualquiera de los socios puede invocar el acaecimiento de esa causal disolutoria en sede judicial, si la asamblea o reunión de socios fuere remisa en declararla o considerare no producida la misma, en cuyo caso la cuestión queda diferida a la contienda judicial (art. 97), no obstante las responsabilidades emergentes de quienes eludieren reconocer la causal efectivamente producida⁽¹⁴⁵⁾(art. 99).

Aclarado ello, corresponde abocarnos al análisis de las causales disolutorias previstas por el art. 94 del ordenamiento societario.

§ 3. Decisión de los socios

El art. 94, inc. 1º comienza la enumeración de las causales disolutorias, otorgando tal virtualidad a la "decisión de los socios" en tal sentido.

Una primera lectura de esa norma, parecería indicarnos que la disolución anticipada de la sociedad sólo podría tener lugar cuando ha mediado un acuerdo de los socios adoptado en reunión o asamblea, con el quórum y mayorías previstos legalmente para adoptar una decisión de tal naturaleza. Y como resulta de toda evidencia que la disolución anticipada implica una modificación sustancial del contrato social o estatuto, las mayorías que deben computarse son aquellas previstas en los arts. 131, párr. 1º para las sociedades por parte de interés; 160, párrs. 2º y 3º y, 244, último párrafo de la ley 19.550.

Sin embargo, la jurisprudencia no ha limitado el acaecimiento de la causal disolutoria en análisis, a la hipótesis precedentemente indicada, sino que ha declarado operativa a esa causal cuando durante el curso de un proceso promovido por la situación de conflicto existente entre los socios, todos ellos se han mostrado coincidentes en sostener su voluntad disolutoria⁽¹⁴⁶⁾, y si bien los tribunales no son unánimes en tal sentido⁽¹⁴⁷⁾, ello constituye una orientación que compartimos y que extendemos asimismo, cuando el consenso de los socios en el sentido de que la sociedad no puede mantenerse vigente, surge de manera fehaciente, aun cuando no se haya promovido pleito entre ellos.

La declaración de los socios de disolver anticipadamente a la sociedad, es una clara y categórica manifestación del carácter contractual del acto constitutivo del ente social, que, al ser creado por la voluntad de sus integrantes, es susceptible de ser extinguido por la misma vía. Por ello, una decisión en tal sentido, cuando ella es adoptada en el seno del órgano de gobierno de la sociedad, no requiere fundamentación alguna, porque los socios son soberanos al adoptar esta conducta⁽¹⁴⁸⁾.

Ello nos conduce a la cuestión de la revisión judicial de la fundamentación que los socios hubiesen dado a los fines de justificar la aprobación de la disolución anticipada de la sociedad y al menos como principio general, la doctrina y la jurisprudencia, han coincidido en su improcedencia, pues no podría obligarse a los socios a continuar asociados, cuando han manifestado su opinión en sentido contrario⁽¹⁴⁹⁾. Nuestros tribunales han justificado esta tesitura con el argumento de que si la asamblea decidió la disolución anticipada de la sociedad, no es necesario que se expresen las causas por las cuales se resolvió voluntariamente tal disolución antes del término de su vencimiento, pues todo lo que se formó con el consentimiento de los contratantes, también se disuelve con el consentimiento de ellos⁽¹⁵⁰⁾. En el mismo sentido fue sostenido que al tratarse de un acto discrecional y voluntario de los accionistas, la disolución anticipada puede llevarse a cabo sin necesidad de justificar la existencia de causa suficiente para dar por terminada a la sociedad. Ergo, no siendo suficiente fundar la razón por la cual se vota en tal sentido, tampoco procederá la revisión judicial de la fundamentación que se hubiera dado. Tal solución no es caprichosa, pues al entrar la sociedad en liquidación, el accionista tiene asegurada la reintegración del valor de sus acciones en la proporción que lo permita el remanente resultante del trámite liquidatorio⁽¹⁵¹⁾.

Sin embargo, el principio general conforme al cual no procede impugnar judicialmente la razonabilidad del acuerdo de disolución anticipada, ello cede en dos supuestos: a) La existencia vicios formales en la adopción de la aludida resolución y b) Cuando el propósito de quienes han votado favorablemente la disolución anticipada de la sociedad persiguen un fin extrasocietario, que por lo general se presenta cuando quienes han aprobado ese acuerdo, constituyen o ya integran una nueva sociedad para la realización de una idéntica o similar actividad, prescindiendo de alguno o varios socios (art. 54, in fine, de la ley 19.550).

capital social, a no ser que éste se reintegre o se reduzca. Igual norma regía para las sociedades de responsabilidad limitada, conforme el derogado régimen español previsto para ese tipo social.

La ley 19.550 receptó esos antecedentes y contempló el reintegro del capital social como forma de superar a la disolución de la sociedad (cualquiera fuere su tipo), por pérdidas de su capital social, sin determinar la cuantía del mismo.

Fue de lamentar que nuestros legisladores no hayan reglamentado el procedimiento de reintegro de capital social, como era aconsejable hacerlo, dando margen entonces para cualquier tipo de interpretaciones. Lo cierto es que el instituto que nos ocupa sólo tiene tres referencias en la ley 19.550: a) En el art. 96, como forma de superar la aludida causal disolutoria; b) En el art. 235, como tema de asamblea extraordinaria, y c) En el art. 244 in fine, como uno de los supuestos que requieren las mayorías especiales allí previstas, otorgando, por remisión del art. 245, el derecho de receso para los accionistas que no votaron a favor de ese acuerdo.

El reintegro del capital social tiende, como hemos visto, a restablecer la integridad del patrimonio social, incorporando al activo de la sociedad nuevos elementos patrimoniales, sin gravar paralelamente su pasivo. El reintegro, se reitera, no supone una reforma del estatuto, sino que implica, como lo explica Rivarola⁽²²¹⁾, el mantenimiento del mismo, pues de lo que se trata es conservar la cifra del capital, lo cual tiene importancia porque no será necesario realizar ninguna de las formalidades que la ley impone únicamente en caso de reforma, ni siquiera inscripción registral del reintegro. La operación se reduce en consecuencia a eliminar del activo del balance el rubro pérdidas sin necesidad de entregar nuevas acciones a los accionistas.

De manera pues que el instituto del reintegro del capital social previsto por el art. 96 de la ley 19.550 presenta las siguientes características:

- a) No supone reforma del estatuto, salvo cuando fuere parcial, en cuyo caso debe reducirse el capital social.
- b) No implica la cancelación de las acciones en circulación, salvo cuando fuere parcial.

Descriptas pues las características del instituto del reintegro del capital social, debe recordarse que el art. 96 de la ley 19.550 establece como alternativas para evitar la disolución de la sociedad por pérdida de su capital social sólo dos procedimientos aptos para evitar el tránsito hacia su liquidación, pues implican en ambos casos efectivos desembolsos por parte de los socios o accionistas:

- a) El reintegro total o parcial del capital social, y
- b) El aumento de éste.

La primera cuestión que se suscita, a los efectos de llevar a cabo el reintegro del capital social, es determinar si con carácter previo al reintegro o aumento del capital social debe procederse a la necesaria reducción del capital social hasta el límite de las pérdidas, inclusive a cero.

Carlos Odriozola, redactor de la ley 19.550, sostenía, durante la vigencia del Código de Comercio, que la reposición de capital o su reintegro, como procedimiento para remediar la pérdida del capital social, requería como etapa previa, su necesaria reducción, conclusión que surgía de seguir una línea ortodoxa con respecto al capital, que debe ser aceptado como un concepto jurídico e inalterable mientras no sea modificado por una decisión asamblearia⁽²²²⁾.

Sancionada la ley 19.550, ésta no aportó solución normativa a los efectos de clarificar la cuestión, pero los legisladores se hicieron cargo de ese problema, que dividía a la doctrina nacional, y en la Exposición de Motivos (Sección 12, párrafo 8), sostuvieron expresamente que "...Con esta norma (el art. 96), queda resuelto el problema que preocupa a la doctrina sobre el límite de la reducción; la ley no impone ninguno, por lo que podrá eventualmente reducirse a cero y disponerse una nueva integración: se permite así conservar el valor del establecimiento y la empresa en marcha como fuente de trabajo".

En el mismo sentido, otro de los redactores de la ley 19.550, el profesor Isaac Halperin sostuvo que nada impide a la asamblea que deberá pronunciarse sobre la disolución de la sociedad por pérdidas, rechazar esta alternativa y optar por la reducción del capital (art. 205) y el reintegro eventual, total o parcial o el aumento del capital (art. 96). Sostiene dicho autor que la reducción puede disponerse sin límite, es decir, aun cuando insuma la totalidad (esto es, se fije en cero), porque existe un valor del establecimiento que puede interesar conservar y hacer valer la reorganización financiera de la sociedad. Así resulta del art. 96 citado⁽²²³⁾.

Sin embargo, otro de los legisladores de 1972 se orientó sobre la misma cuestión en sentido contrario. Sostiene Enrique Zaldívar, a quien considero necesario transcribir textualmente, atento la claridad de sus razonamientos, que "...Si concebimos al capital como un valor intangible, sólo modificable en los supuestos tasados legalmente, resulta difícil admitir la reintegración como una reducción del capital y menos aún, como una modalidad de la reducción.

"En este orden de ideas, el reintegro goza de autonomía y difiere conceptualmente de la reducción del capital.

"Nuestro ordenamiento societario aparece enrolado dentro de la postura que sostenemos, ya que ha regulado el reintegro como instituto aparte de la reducción. Varias son las razones que avalan esta interpretación.

"En primer lugar, el art. 96 de la ley, al hacer referencia al reintegro, indica que la disolución por pérdida del capital, prevista como causal en el art. 94, inc. 5º, no se produce en caso de que los socios acuerden su reintegración parcial o su aumento. Se advierte que la norma no exige como requisito previo la reducción. En este punto y reafirmando lo que venimos sosteniendo, cabe señalar que el anteproyecto de 1968 (antecedente inmediato del proyecto que luego se hizo ley), condicionaba el reintegro a la previa reducción. Evidencia pues que el legislador la ha considerado como figura autónoma propia y diferenciada de la reducción.

"Por su parte, y específicamente en la sección correspondiente a la sociedad anónima, el art. 235, inc. 2º, al enumerar las materias cuyo tratamiento corresponde a la asamblea extraordinaria, hace referencia a la reducción y reintegro, figuras que aparecen unidas, en nuestra opinión, por una cuestión metodológica y no conceptual. En cambio, en el art. 244, párrafo 4º, la reintegración es regulada como uno de los supuestos que requieren determinadas mayorías especiales, supuestos que no incluyen la reducción del capital.

"Lo expuesto nos lleva a concluir que técnicamente el reintegro es una operación que no afecta el valor capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice parcialmente y por el remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso, cabe señalar que se trataría de dos operaciones distintas, reintegración parcial y reducción del capital"⁽²²⁴⁾.

Zunino se enrola, por su parte, en una posición intermedia: Sostiene que la Exposición de Motivos de la ley 19.550 no se refiere en general a la necesidad de reducir necesariamente el capital social como paso previo e indispensable para proceder al reintegro, sino que sólo alude a alguna circunstancia particular, debiendo interpretarse las reflexiones del legislador en concordancia con lo dispuesto por los arts. 205 y 206 de la ley 19.550, toda vez que puesto que la reducción del capital se, torna obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el 50% del capital (art. 206), y ante la inquietud de la doctrina sobre los límites de esa reducción, se contestaba que bien correspondía disponer la reducción a cero y superar la causal de disolución que entonces acontecía mediante el contemporáneo aumento del capital o su reintegro. Concluye Zunino que a esta circunstancia alude la Exposición de Motivos, sin comprometer, por tanto, los argumentos que sostienen la independencia conceptual y operativa de los institutos relativos a la reducción y reintegro del capital⁽²²⁵⁾.

Por nuestra parte, coincidimos en un todo con las reflexiones de Zaldívar, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, no parece que los legisladores de 1972, en su Exposición de Motivos, hayan adoptado una solución general para todos los casos de reintegro del capital social. Advuértase que sólo eventualmente, según expresión allí utilizada, puede reducirse el capital a cero y disponerse la nueva integración. Es obvio que sólo una eventualidad particular puede justificar ese procedimiento conjunto, que se denomina en el derecho comparado como "operación acordeón".

b) En segundo lugar, el principio de la inalterabilidad o invariabilidad del capital social no constituye argumento dirimente para resolver la cuestión, pues el reintegro del capital social, por propia definición, no implica, en rigor, una modificación del capital, sino que, por el contrario, tiende a evitarlo. Lo que procura entonces el reintegro del capital social es a su mantenimiento, mediante el acrecentamiento del patrimonio social, en la medida necesaria para que el exceso de los valores del pasivo coincida con la cifra del capital⁽²²⁶⁾. Con otras palabras, el reintegro del capital social no implica necesariamente la cancelación de las acciones en circulación ni la emisión de nuevos títulos, sino sólo restablecer, mediante nuevos aportes de los socios, el valor del capital social que se ha perdido, otorgando a las acciones el valor patrimonial del que carecían.

c) Tampoco resultan aplicables a los mecanismos previstos por el art. 96 de la ley 19.550 las normas establecidas en los arts. 205 y 206 de dicho cuerpo legal, referidas a la reducción obligatoria del capital social, pues a diferencia del reintegro, la reducción del capital sí supone una necesaria modificación de la cifra capital, a los efectos de restablecer el equilibrio del capital con el patrimonio de la sociedad. Reiteramos nuestra posición en el sentido de que debe diferenciarse cuidadosamente entre ambos institutos, para evitar superposiciones que pueden complicar la

interpretación del texto legal y de allí nuestra disidencia con Halperin: si las pérdidas no insumen el 100% del capital, pero comprenden los montos previstos por el art. 206 de la ley 19.550 (esto es, las reservas y el 50% del capital social), la reducción es obligatoria, pudiendo la sociedad disminuir el capital hasta el remanente del capital que ha subsistido a las pérdidas, pero jamás puede reducirse el capital a cero, como predica el aludido tratadista, pues si las pérdidas han absorbido la totalidad del capital social, las únicas vías posibles de solución lo constituyen el reintegro o su posterior aumento, salvo, claro está, que se resuelva disminuir el capital social a una determinada cifra y reintegrar el saldo, pero como bien sostiene Zaldívar, se trata de dos operaciones autónomas y diferentes.

Razones de índole histórica también contribuyen a sostener toda falta de identificación entre el reintegro del capital social y el procedimiento que la doctrina clásica francesa ha denominado como operación acordeón, consistente en reducir el capital social a cero o por debajo de la cifra mínima legal y acordar en forma simultánea el aumento de su capital hasta una cantidad igual o superior a la mencionada cifra mínima. El art. 169 de la Ley de Sociedades Anónimas de España de 1951 que preveía esa posibilidad, exigía, dada la peligrosidad de esa operación⁽²²⁷⁾, el cumplimiento de las siguientes garantías o condiciones: a) Respeto del derecho de suscripción preferente de todos los accionistas; b) Ejecución simultánea del aumento del capital social con la aprobación de la reducción del mismo, y c) Imposibilidad de practicar la inscripción registral del acuerdo de reducción si no se presenta simultáneamente a inscripción el acuerdo correlativo de aumento del capital y su ejecución o el acuerdo de transformación.

1.2. La "operación acordeón" en nuestra jurisprudencia administrativa. Los casos "Red Celeste y Blanca S.A." "Comital Convert SA" y "Microsiga SA"

- La denominada operación acordeón a la cual nos hemos referido en el párrafo anterior, fue originalmente aceptada por la jurisprudencia administrativa de la Inspección General de Justicia, en el caso "Red Celeste y Blanca SA"⁽²²⁸⁾, de fecha 12 de octubre de 2000, en la cual se resolvió lo siguiente:

- La reducción del capital a cero y su inmediato aumento, resuelta en la primera asamblea, es equiparable, en sus efectos, a la cancelación de las acciones en circulación y reintegro del capital social resuelta por la segunda asamblea, ya que en ambos casos los accionistas deben realizar efectivos desembolsos de dinero.

- La reducción a cero del capital social, consecuencia de la constatación de su pérdida completa, compromete por igual en términos jurídicos, la voluntad positiva de los accionistas de seguir formando parte de la sociedad mediante el cumplimiento de su reintegro en la proporción accionaria poseída al tiempo de resolverse aquélla.

- En nuestra legislación, aunque en forma escueta, el reintegro del capital social aparece como una figura autónoma en su conceptualización y tratamiento, y por ello, sus aplicaciones resultan diferentes al supuesto de aumento del capital social, también previsto en el art. 96 de la ley 19.550. La reducción a cero importa la pérdida de la calidad de accionista que se recobra con la reintegración o con la suscripción preferente del aumento contemporáneo, pues así resulta ello de la doctrina del art. 96 de la ley 19.550.

A diferencia de ello, no coincido con el criterio de que la reducción a cero y posterior reintegro o aumento del capital social, esto es, la denominada operación acordeón, constituya una alternativa válida más frente a la pérdida total del capital social, ni que la tan aludida "reducción a cero" e inmediato aumento del capital de la sociedad pueda ser asimilado a su reintegro, pues como también ha sido sostenido en otro importante precedente de la Inspección General de Justicia⁽²²⁹⁾, el art. 96 de la ley 19.550 sólo admite al reintegro o su aumento como únicos procedimientos aptos para evitar la disolución por pérdidas de una sociedad comercial.

La famosa "reducción a cero" del capital social es la antítesis de la institución del reintegro, que no constituye otra cosa que la "reposición de las pérdidas" por los mismos integrantes de la sociedad, sin que ésta deba emitir nuevos títulos accionarios a favor de los mismos. Como magníficamente ha sido sostenido por el profesor español Manzano Arenas, el reintegro de capital es realizado a título gratuito y sin que responda al desembolso de acción nueva alguna. Se trata de un acto voluntario, realizado además a título gratuito —en realidad una especie de donación de los socios a favor de la sociedad—, que restablecerá el equilibrio patrimonial a partir de los beneficios extraordinarios generados y sin que se altere la cifra del capital"⁽²³⁰⁾.

De manera entonces que el reintegro del capital social supone acciones en circulación pero carentes o vacías de contenido patrimonial alguno, que, como consecuencia de aquel acto, vuelven a tener el valor perdido, en todo o en

parte. Si esto es comprendido, fácil es concluir que jamás puede sostenerse que la reducción a cero del capital social debe ser paso o procedimiento antecedente del reintegro, toda vez que, y perdónese la reiteración, el capital social, entendido en su acepción legal, no sufre ninguna alteración como consecuencia del aludido reintegro⁽²³¹⁾.

A diferencia del criterio sostenido por la autoridad de control, soy de la opinión de que la reducción del capital a cero carece actualmente de apoyatura legal, pues nada hace presumir que el art. 96 de la ley 19.550 deje abiertas otras alternativas que las expresamente previstas en dicha norma —reintegro del capital social o su aumento— a los fines de superar la disolución de la compañía.

Una interpretación contraria podría implicar resultados disvaliosos y amparar además el ejercicio abusivo del derecho. Tal cosa podría suceder en caso de que la sociedad haya emitido acciones preferidas sin derecho a voto, cuyos titulares, en caso de pérdida del capital social, podrán emitir su voto para resolver el reintegro total o parcial, conforme lo autorizan los arts. 217 y 244, último párrafo, de la ley 19.550. Por el contrario, si se resolviera la reducción a cero —lo cual importa la automática cancelación de las acciones en circulación— y su posterior aumento, los accionistas preferidos carecerían de toda injerencia en semejante ingeniería al no tener consagrado en su favor el derecho de voto en la decisión que implica reducción del capital social (art. 244, in fine, de la ley 19.550), lo cual constituye resultado que condena semejante interpretación.

Con posterioridad al mes de septiembre del año 2003, y ya bajo mi gestión, la Inspección General de Justicia cambió de criterio y rechazó la denominada "operación acordeón" en los casos "Comital Convert Sociedad Anónima"⁽²³²⁾, "Microsiga Sociedad Anónima"⁽²³³⁾ y "Transmix Sociedad Anónima"⁽²³⁴⁾, cuyos fundamentos fueron tenidos en cuenta en el dictado la resolución general IGJ 7/2005, denominada "Nuevas Normas de la Inspección de Justicia", cuyo art. 103 dispone expresamente que "No se inscribirán la reducción a cero del capital social —consecuencia de su pérdida total— y su simultáneo aumento (operación acordeón). La pérdida total del capital social como causal de disolución de la sociedad (art. 94 inc. 5º de la ley 19.550), debe revertirse mediante el reintegro total o parcial del mismo o su aumento (art. 96 ley citada), este segundo, sujeto a inscripción conforme a las disposiciones pertinentes de esta Sección. Si el reintegro es parcial, procede luego la reducción de la cifra estatutaria al importe de dicho reintegro, la que debe inscribirse de acuerdo con el art. 100".

Esquemática y brevemente expuestos, los argumentos tenidos en cuenta para descalificar la validez de la denominada "operación acordeón", fueron los siguientes:

a) El art. 96 de la ley 19.550 no menciona a la reducción del capital social como forma de superar la disolución por pérdida de su capital social, y de la redacción de dicha norma nada hace suponer la existencia de otros mecanismos a los fines de superar la causal disolutoria prevista por el art. 94 inc. 5º de ese ordenamiento legal.

b) La reducción del capital social a cero y su simultáneo aumento, como procedimiento para superar el estado de disolución de la sociedad, carece actualmente de apoyatura legal, pues nada hace presumir que el art. 96 de la ley 19.550 deje abiertas otras alternativas que las expresamente previstas en dicha norma —reintegro del capital social o su aumento— a los fines de superar la disolución de la compañía. Una interpretación contraria podría implicar resultados disvaliosos y amparar además el ejercicio abusivo del derecho, pues el accionista que no ejerce el derecho de preferencia, luego de publicado el edicto previsto por el art. 194 de la ley 19.550, puede perder no solo su participación porcentual accionaria, sino y lo que es peor, su calidad de tal.

El art. 103 de la resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia ha dispuesto sobre el procedimiento de "Operación acordeón" que no se inscribirán la reducción a cero del capital social —consecuencia de su pérdida total— y su simultáneo aumento ("Operación acordeón"). La pérdida total del capital social, como causal de disolución (art. 94 inc. 5º) debe resolverse mediante el reintegro total o parcial del mismo o su aumento (art. 96), este segundo sujeto a inscripción conforme a las disposiciones pertinentes de esta Sección. Si el reintegro es parcial, procede la reducción de la cifra estatutaria al importe de dicho reintegro, la que debe inscribirse de acuerdo con el art. 100 de estas Normas.

1.3. El procedimiento de reintegro del capital social. Derecho de los accionistas

Es claro entonces, conforme a lo expuesto hasta el momento y a tenor de los antecedentes históricos del instituto, que el reintegro del capital social es una alternativa sólo impuesta a los accionistas, y de allí la categórica afirmación de Halperin⁽²³⁵⁾, en el sentido de que el reintegro es el restablecimiento total o parcial reducido, impuesto a los accionistas.

Ello marca su diferencia con el aumento del capital social, para el cual los accionistas tienen la opción de suscribir, conforme lo dispone el art. 194 de la ley 19.550.

Bien es cierto que en principio, el reintegro del capital social es sólo obligación que debe serle impuesta al accionista en proporción a sus respectivas tenencias, cuando una asamblea extraordinaria resuelve ese tema mediando las mayorías requeridas por el art. 244 in fine de la ley 19.550 —esto es, el voto favorable de la mayoría de acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto—, pero no coincidimos con Halperin cuando descarta totalmente al caso la aplicación de lo dispuesto por el art. 194 de la ley 19.550, posibilidad que puede plantearse, como veremos seguidamente.

La asamblea extraordinaria de accionistas que resuelve el reintegro del capital social carece de atribuciones legales para modificar la proporcionalidad accionaria existente, ni puede excluir a ninguno de ellos de la obligación de reintegrar, pues un acuerdo de esa naturaleza estaría afectando los derechos individuales de los accionistas⁽²³⁶⁾, resultando nulo por aplicación analógica de lo dispuesto en los arts. 194 y 251 de la ley 19.550, con las responsabilidades subsidiarias previstas por el art. 195 de dicho ordenamiento legal.

Concretamente, frente a un acuerdo favorable al reintegro del capital social, los socios o accionistas pueden adoptar las siguientes conductas:

a) Si el socio o accionista votó en contra de ese acuerdo o no asistió a la asamblea o reunión de socios que así resolviera, puede aquél ejercer el derecho de receso, conforme lo autoriza expresamente el art. 245 de la ley 19.550. Debe aquí hacerse la siguiente diferencia: Si la sociedad perdió la totalidad de su capital social, el ejercicio del derecho de receso carecerá de todo fundamento y finalidad pues en este caso no existirá derecho del socio o accionista al reembolso del valor de su participación, que ha perdido todo valor como consecuencia de las pérdidas sufridas por la sociedad. Por el contrario, si las pérdidas no han sido totales, pero los socios o accionistas han considerado conveniente su reintegro total o parcial, en este caso el receso será procedente, y el valor de la parte del socio recedente deberá ser calculado sobre la base del patrimonio subsistente, esto es, del capital no afectado por las pérdidas, pues se supone que las restantes cuentas del patrimonio han quedado agotadas al haber absorbido las pérdidas sufridas por la sociedad.

b) Si el socio o accionista no ha ejercido el derecho de receso, aun cuando haya votado en contra, la decisión de la asamblea o reunión de socios que ha aprobado el reintegro del capital social es obligatoria para aquél y obliga al directorio a exigirle el correspondiente desembolso (art. 233, in fine, de la ley 19.550). En este aspecto, si bien desde un punto de vista estrictamente conceptual asiste razón a Halperin cuando expresa que, conforme a la naturaleza del instituto que nos ocupa, el reintegro del capital social no confiere a los restantes accionistas el derecho de suscripción preferente, puede ocurrir que uno o varios de ellos renuncien en la misma asamblea o posteriormente a la realización de nuevos aportes, por carecer de fondos o interés para ello.

Ante esa circunstancia, es lógico que se confiera a los restantes accionistas el derecho de preferencia y de acrecer previstos en el art. 194 de la ley 19.550, pues ningún sentido tiene promover contra aquéllos una ejecución individual para obtener forzosamente el cumplimiento de los nuevos aportes que requiere el reintegro. En tal caso, si la pérdida del capital social hubiere sido total, el antiguo accionista pierde su carácter de tal en la sociedad, en beneficio de los nuevos suscriptores, y si aquél acepta reintegrar hasta cierto monto, deberá ver disminuida su participación accionaria, también en beneficio de quienes han ejercido el derecho de acrecer.

Puede acontecer que un accionista no haya renunciado al reintegro y no obstante, no cumpla en tiempo y forma con el desembolso dinerario correspondiente. Ante esa situación, resulta de aplicación, por mediar estricta analogía al caso que nos ocupa, las soluciones previstas en el art. 193 de la ley 19.550 para el suscriptor moroso en la integración, pudiendo el estatuto prever las restantes hipótesis previstas en dicha norma, incluso la caducidad de los derechos correspondientes a las acciones en mora, sanción que permitirá a la sociedad la emisión de nuevas acciones en reemplazo de las anteriores y hasta el monto efectivamente integrado por el accionista moroso. Esa caducidad se justifica sobradamente en razón de la necesidad que tiene la sociedad de contar con nuevos aportes de los socios para evitar su disolución⁽²³⁷⁾.

c) Tratándose de sociedades no accionarias, la respuesta es mucho más simple, pues además del derecho de la sociedad de exigir el cumplimiento del aporte al socio moroso, queda abierta la posibilidad de excluirlo, conforme lo dispone el art. 37 de la ley 19.550, decisión ésta que, a tenor de dicha norma, no requiere decisión judicial.

d) Si uno o varios accionistas han ejercido el derecho de receso, procede conceder el derecho de acrecer a los restantes accionistas, pues de lo contrario, la sociedad deberá volver a reducir el capital social a los efectos de abonar el valor de reembolso a los accionistas recedentes, siendo más compatible con el procedimiento de reintegro, la vía prevista por el art. 194, párrafo 1º, in fine, de la ley 19.550.

1.4. El reintegro del capital social y la exclusión del socio. Inadmisibilidad de toda asimilación entre ambas figuras

La institución del reintegro del capital social es quizás, una institución muy particular de nuestro derecho societario, pues como ha sido dicho, implica una importante excepción al principio de la limitación de la responsabilidad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, los cuales, conforme lo dispuesto por los arts. 146 y 163 de la ley 19.550, soportan las pérdidas a las cuotas o acciones que suscriban o adquieran.

De allí que, en la práctica, el reintegro del capital social no es siempre objeto de especiales simpatías, pues muchas veces, ante la decisión de una asamblea extraordinaria que resuelve llevarlo a cabo, el socio o accionista imposibilitado de efectuar el correspondiente desembolso, se siente excluido de la sociedad. Tal manera de pensar es sin embargo incorrecta pues no repara en la finalidad del instituto ni en la trascendencia que tiene el capital social en las sociedades en donde los socios limitan su responsabilidad a los aportes efectuados. Con toda razón ha sido resuelto en un importante precedente administrativo emanado de la Inspección General de Justicia, donde ha sido dicho que si ante la pérdida de capital social de carácter total, la sociedad quedó inmersa en la situación descripta por el art. 94, inc. 5º de la ley 19.550, por lo cual, frente a su inminente disolución y en ejercicio de un recurso claramente legislado, la sociedad dispuso, a través de una asamblea extraordinaria debidamente convocada y con observancia de la mayoría especial requerida por el art. 244 de la ley 19.550, el reintegro de su capital, asegurando el derecho de preferencia en la suscripción del reintegro del capital por parte de los accionistas, parece imposible inteligir de ello que hubiera tenido lugar una exclusión de socios, en el sentido de no suscribir el aumento de capital o no concurrir a su reintegro, lo que habría determinado, como consecuencia ineludible por aplicación de las normas legales, en especial la del art. 96 de la ley 19.550, la pérdida de tal capital⁽²³⁸⁾.

1.5. Procedimientos para evitar la liquidación de la sociedad, en caso de pérdida del capital social (segunda parte): El aumento del capital social

El aumento del capital social es un procedimiento utilizado frecuentemente durante la vida de la sociedad, mediante el cual ésta obtiene financiación interna a los efectos de expandir sus actividades, adecuarlo a la realidad patrimonial o sanear su pasivo, conforme lo autoriza lo dispuesto por los arts. 197 y 235 de la ley 19.550.

Este procedimiento se distingue del reintegro, en el sentido de que todo aumento implica nueva emisión de acciones y supone en todos los casos la consiguiente reforma del estatuto, aun en el supuesto del art. 188 (aumento dentro del quíntuplo), con excepción de las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones (art. 188, párr. 2º), el cual se deberá llevar a cabo con estricto cumplimiento de las formalidades propias de toda modificación estatutaria.

El aumento del capital social no es un procedimiento que se lleve a cabo de una sola y única manera. Bien es cierto que en todos los casos se requiere una asamblea de accionistas que lo apruebe, pero la suscripción e integración del mismo puede efectuarse a través de nuevos desembolsos dinerarios (arts. 194 a 197 de la ley 19.550) o mediante la capitalización de las cuentas de los estados contables (art. 189). En el primer caso, como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente y de acrecer, se puede producir una alteración en el elenco de los accionistas o en el porcentaje que cada uno de éstos era titular en el capital social, mientras que en el segundo supuesto, debe respetarse la proporción de cada accionista en la capitalización de las reservas u otros fondos especiales registrados en el balance.

En el caso que nos ocupa, esto es, cuando la sociedad ha perdido totalmente su capital social, el aumento del mismo a través de la capitalización de cuentas de los estados contables es hipótesis impensable, pues se parte de la base de que las pérdidas sufridas por la sociedad han debido ser absorbidas prioritariamente por tales cuentas, antes de afectar al capital social.

Por ello, las únicas formas de aumentar el capital social para evitar la disolución de la sociedad consisten:

1) En el aumento del capital social con efectivo desembolso por parte de sus socios o accionistas, a una suma que permita producir un reequilibrio entre capital y patrimonio y en la medida necesaria que desvirtúe la causa de la disolución.

2) Mediante la capitalización de deudas, en los términos del art. 197 de la ley 19.550.

A diferencia de lo que acontece con el reintegro del capital social, el aumento del mismo como método alternativo para evitar la disolución de la sociedad, cuando se concreta a través del efectivo desembolso de los socios, ofrece el inconveniente, además de las formalidades propias de toda modificación estatutaria —con registración incluida—, el tiempo que insume la ejecución del mismo, atento los plazos previstos por el art. 194 de la ley 19.550 y el necesario respeto que debe hacerse de los derechos de preferencia y de acrecer, garantizados por el último párrafo de dicha norma.

Finalmente, nada obsta a que se recurra, ante el supuesto previsto por el art. 94, inc. 5º de la ley 19.550, a un procedimiento combinado, reintegrando los socios en forma total el capital social perdido, y simultáneamente se resuelva, por la misma asamblea extraordinaria, su aumento, por encima del reintegro. Tal mecanismo si bien supone la posibilidad de reducir la participación de los accionistas, permite dar entrada a nuevo flujo de fondos por parte de terceros a los fines de reactivar la compañía.

Pero se reitera: el aumento del capital social como alternativa para superar el estado de disolución por pérdidas debe ser lo suficientemente amplio como para absorberlas y, en materia de sociedades anónimas, superar además el capital mínimo previsto por el art. 186 de la ley 19.550.

ART. 97.—

Disolución judicial: efectos. Cuando la disolución sea declarada judicialmente la sentencia tendrá efecto retroactivo al día en que tuvo lugar su causa generadora.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 25, 98, 99. Resolución General IGJ nº 7/2015, arts. 31 y 191. LSC Uruguay: art. 162

§ 1. La demanda judicial por disolución de la sociedad

Producida una causal disolutoria, en aquellos supuestos en que las mismas operan de pleno derecho, o no declarada o verificada por la causal disolutoria potestativa por reunión de socios o asamblea de accionistas, puede suceder que los socios o administradores ignoren, en el primer caso, el acaecimiento de la disolución de la sociedad, o en la segunda hipótesis, ser la asamblea o reunión de socios remisa para declararla o considere no producida la misma. En esos casos, nace para el socio o accionista el derecho de solicitar judicialmente la declaración del acaecimiento de la causal disolutoria, la cual, conforme lo dispuesto por el art. 97 de la ley 19.550, tendrá efecto retroactivo al día en que tuvo lugar su causa generadora.

La retroactividad prevista por dicha norma permite sancionar a los administradores y socios por las consecuencias de la exorbitación del trámite liquidatorio, responsabilizándolos en forma solidaria e ilimitada por las operaciones ajenas a dicho trámite (art. 99), sin que corresponda distinguir entre los diversos tipos sociales a los fines de exigir esa responsabilidad.

La jurisprudencia se ha preocupado, a través de numerosos precedentes, de llenar las lagunas que la ley 19.550 ofrece, pues, salvo la norma del art. 97, no existe otra disposición legal que se refiera a la acción judicial de disolución.

En primer lugar, y tratándose de una acción social, es requerible del actor la acreditación del carácter de socio o accionista, por ser estos, fundamentalmente, los principales interesados en la liquidación de la sociedad, a los fines de la percepción del reembolso del capital aportado y, eventualmente de la cuota liquidatoria. Sin embargo y excepcionalmente, la ley 19.550 concede a terceros la legitimación activa para requerir judicialmente la disolución de la

sociedad. Ello ocurre con la Inspección General de Justicia, la cual puede, a tenor de lo dispuesto por el art. 303, inc. 3º de la ley en estudio, requerir la disolución y liquidación de la sociedad, en los casos previstos por el art. 94, incs. 3º a 5º, 8º y 9º y la liquidación de la misma, en el caso del inc. 2º de dicho artículo.

La legitimación pasiva en el juicio de disolución ha dado lugar a una controvertida jurisprudencia de nuestros tribunales, pues si bien existe consenso en la necesidad de demandar a todos los socios, no es la cuestión pacífica la actuación de la propia sociedad. Por una parte se ha resuelto que la sociedad debe necesariamente ser sujeto pasivo de la demanda disolutoria, formándose con el resto de los socios un litisconsorcio necesario⁽²³⁹⁾, aunque la jurisprudencia mayoritaria se inclina en sentido inverso, declarando la innecesariedad de la intervención de la sociedad en ese litigio, si todos los socios han intervenido en el pleito⁽²⁴⁰⁾; lo contrario importaría, siguiendo otro fallo, enrolado en esta última manera de pensar, un inadmisibles exceso ritual⁽²⁴¹⁾.

En otro extremo, ha sido resuelto que la demanda de disolución de la sociedad debe ser entablada exclusivamente contra la misma y no contra todos los socios, y ello así habida cuenta que éstos exteriorizan su voluntad a través de los órganos de gobierno del ente⁽²⁴²⁾.

Atento la diversidad de las hipótesis que se presentan, estimo imposible establecer un criterio único, aplicable para todos los tipos sociales y frente a cualquier causal disolutoria.

Entiendo innecesaria la citación de la sociedad cuando se trata de un pleito promovido por un socio que pretende la disolución de la sociedad, motivado por la existencia de un grave conflicto entre ellos, o por la falta de voluntad, de todos los socios de continuar asociados. Al respecto, los argumentos brindados por la jurisprudencia que han entendido que la falta de citación a la sociedad, cuando todos los socios han sido citados y han comparecido a juicio, constituye un requisito formal inadmisibles, pues el dogma de la personalidad jurídica de la sociedad no puede ser invocado para predicar la necesaria comparencia del sujeto de derecho, pues él no es invocable en un conflicto desatado entre los socios en donde se debate una cuestión que tiene por fin extinguir el vínculo social habido entre ellos. Así lo ha resuelto la jurisprudencia, en un esclarecedor fallo, en el cual se resolvió que: "El dogma de la personalidad de las sociedades tiene otro sentido, que no conduce a suponer que junto a las personas individualmente asociadas, exista un sujeto diferente de ellas mismas, cuando la materia por dirimir resida en un conflicto entre los socios, que lleva a la extinción del vínculo societario"⁽²⁴³⁾.

Esta manera de pensar ha sido adoptada por la ley 19.550, al legislar sobre el derecho de los socios de entes irregulares a disolver la sociedad en cualquier momento, que solamente impone la necesidad de notificar esa voluntad a la totalidad de los socios, pero no a la sociedad, a pesar de que la misma goza de personalidad jurídica independiente a la de sus integrantes. En estas sociedades, en donde todos los socios son administradores y representantes de la sociedad, el criterio adoptado por la ley resulta acertado.

Pero todos esos argumentos no son aplicables cuando lo que se debate en el pleito es el acaecimiento de determinadas situaciones que deben ser constatadas por la sociedad, a través de una decisión de su órgano de gobierno, previo conocimiento de los restantes órganos de la sociedad. Me estoy refiriendo a aquellas causales que la doctrina ha denominado "causales potestativas" de disolución, en las cuales es requerible la constatación de determinadas circunstancias por parte de la sociedad, para tener por disuelta la misma. Ejemplo de lo expuesto lo encontramos en los casos de que un socio pretenda la disolución de la sociedad por pérdida del capital social, cumplimiento total del objeto de la misma o imposibilidad de desarrollarlo; en estos casos, no parece que pueda prescindirse de la citación de la sociedad al pleito disolutorio, pues nadie mejor que ella para aportar elementos de convicción sobre el acaecimiento de tales causales de disolución. Ello obviamente, con excepción de los entes irregulares, en donde al socio sólo le basta expresar su voluntad disolutoria para poner fin a la vida activa de la sociedad, sin invocar otro fundamento que su propia decisión.

Por otra parte, todos los fallos que han predicado la innecesariedad de citar a la sociedad en el pleito disolutorio, cuando todos sus integrantes han comparecido al mismo, han sido citados en litigios en donde se trataba de la disolución de sociedades de personas o de responsabilidad limitada y tampoco han descartado la legitimación pasiva de la sociedad. Sólo han rechazado el planteo de nulidad esgrimido por la sociedad frente a la falta de citación de la misma en el pleito disolutorio, aclaraciones que son necesarias a los fines de formarse convicción sobre el tema que nos ocupa.

En definitiva, la comparencia de los socios en la demanda de disolución de la sociedad siempre es indispensable, formándose entre ellos un litisconsorcio necesario, en los términos y con los alcances del art. 89 del Código Procesal, el cual debe ser integrado por la sociedad, en los casos en que corresponda su necesaria citación⁽²⁴⁴⁾.

¿Pueden los acreedores de la sociedad promover una demanda de disolución contra ella? La jurisprudencia ha denegado esa posibilidad con sólidos argumentos: los acreedores sociales, en las sociedades regularmente constituidas no disponen de la petición judicial de disolución, pues éstos gozan, en defensa de sus derechos, cuando los crean en

peligro, de las medidas acordadas por la ley, hasta llegar a la declaración de quiebra, pero de ningún modo podrán interferir en la vida interna de la organización social⁽²⁴⁵⁾.

Otro tema que despierta interés se presenta cuando la disolución es reclamada por un socio por vía de reconvención e incluye en la misma a quien no ha sido parte en la promoción de la demanda, supuesto que ha ocurrido cuando al sujeto pasivo de la contrademanda se le adjudica el carácter de socio oculto del ente que se pretende disolver. Ello, si bien se encuentra en colisión con las normas procesales que establecen que la reconvención sólo puede ser articulada exclusivamente contra el actor (art. 357, Código Procesal), ha sido admitida por la jurisprudencia fundada en razones de economía procesal, pues la promoción de otro pleito contra el socio no actor, fundado en los mismos hechos que el primero, obligarían al juez interviniente a acumularlos, con lo cual se llegaría a idéntico resultado⁽²⁴⁶⁾.

La sentencia judicial que se dicte acogiendo la demanda, sólo tiene por efecto declarar operada la disolución de la sociedad, a la fecha en que la misma fue invocada, considerándose a la sociedad disuelta desde aquel momento. De allí, como hemos visto, el efecto retroactivo previsto por el artículo en análisis y las responsabilidades de los administradores que ignoraron la causal disolutoria, prescripta por el art. 99 de la ley 19.550, cuyos efectos se retrotraen también a la fecha en que el juez considera disuelta a la entidad.

Ahora bien, la determinación judicial de la fecha en que habría tenido lugar su causa generadora no se presenta siempre como una cuestión simple, pues hay supuestos en donde la disolución se produce como consecuencia de una multiplicidad de hechos que debieron ser necesariamente acreditados. Ante ello es que la jurisprudencia ha entendido, con toda razón, que procede declarar disuelta a la sociedad a la fecha de la notificación de la demanda⁽²⁴⁷⁾ o incluso a la fecha en que quedó firme la sentencia judicial que así lo declara⁽²⁴⁸⁾, dependiendo ello de las propias circunstancias del caso.

En cuanto a los honorarios del juicio de disolución y liquidación, estimamos que, por tratarse de una acción social, dicho litigio carece de monto determinado y resulta inaplicable lo dispuesto por el art. 6º, inc. a), de la ley 21.839. Ello no obstante, y existiendo una corriente jurisprudencial —sobre la cual discrepamos— que admite tomar en cuenta, a los fines meramente referenciales, el monto implícitamente involucrado en la demanda⁽²⁴⁹⁾ (criterio también aceptado en los juicios de impugnación de asambleas), jamás debe tomarse en cuenta el patrimonio neto de la sociedad. Lo contrario, esto es, de tomar como referencia al patrimonio de la sociedad como pauta a los fines arancelarios, implicaría desalentar cualquier demanda judicial en tal sentido, cuando se hubiese producido una causal disolutoria y el órgano de administración nada hace para iniciar el trámite liquidatorio.

Tampoco nos convence tener en cuenta, a los mismos fines, el valor del porcentaje del actor sobre el patrimonio social, como ha sido en alguna oportunidad resuelto, pues no se trata de un supuesto —la acción judicial de disolución de la sociedad— donde su resultado beneficie directamente al socio que la ha promovido sino que, se reitera, constituye una acción social, y por lo tanto, los honorarios de los letrados deben calcularse con arreglo a las pautas previstas en los incs. b) y ss. del art. 6º de la ley 21.839.

ART. 98.—

Eficacia respecto de terceros. La disolución de la sociedad, se encuentre o no constituida regularmente, sólo surte efecto respecto de terceros desde su inscripción registral, previa publicación en su caso. [Texto según ley 22.903.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 10, 11 inc. 5, 22, 97, 99. Resolución General IGJ nº 7/2015, arts. 31 y 191. LSC Uruguay: art. 163.

§ 1. Registración de la disolución. Efectos

El artículo impone la registración de la causal disolutoria en el Registro Público para que la misma sea oponible a terceros. Los efectos que otorga el cumplimiento de este artículo son importantes, pues en tal caso y en principio, los terceros no pueden demandar a la sociedad el cumplimiento de los actos que exorbiten al trámite liquidatorio, realizados

por sus administradores, siendo inoponible por la sociedad la disolución no inscrita para desconocer tales obligaciones⁽²⁵⁰⁾.

Se discute sin embargo la aplicación del art. 98 en los casos de disolución de sociedades por vencimiento del plazo de duración establecido en el contrato constitutivo.

La cuestión no ofrecía dificultades durante la vigencia del Código de Comercio, pues el art. 429 establecía en forma expresa que para tal supuesto resultaba improcedente la registración de la disolución acaecida por tal circunstancia. La ley 19.550, por el contrario, no contiene una disposición similar sino que parecería adoptar la posición contraria, cuando en el art. 98 no hace excepciones al principio general que sienta. Adviértase que hasta las sociedades no constituidas regularmente están sometidas a dicha carga por expresa disposición del art. 22. En tal sentido se han pronunciado Halperin⁽²⁵¹⁾, así como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en autos "Mastromarino y Catalano SRL", dictado por su sala A, en fecha 15 de junio de 1977.

La solución opuesta es a mi entender la ajustada a derecho. El plazo de duración de la sociedad constituye un requisito esencial del contrato constitutivo, que a partir de su registración se hace oponible entre los socios y frente a terceros, con las consecuencias previstas por el art. 57, dando seguridad a los acreedores particulares de los socios en las sociedades de interés, dadas las limitaciones de la ejecutabilidad de las partes sociales.

De ahí la necesidad de que el plazo de duración esté previsto contractualmente, en forma "determinada" (art. 11, inc. 5º), y en ese entendimiento la jurisprudencia ha rechazado la registración de contratos cuyo término de vigencia estaba supeditado a la voluntad de los socios o preveían cláusulas automáticas de renovación.

La registración de la disolución hace saber a los terceros tal circunstancia, y es lógica su publicidad cuando la misma es inesperada, como sucedería en el caso de resolverse anticipadamente, o por pérdida del capital social, pero no cuando la disolución acontece por vencimiento del plazo contractual, toda vez que los terceros conocen de antemano al inscribirse el contrato social, cuándo ocurrirá tal evento, lo que permite afirmar que el art. 11, inc. 5º, contiene una excepción al art. 98, LSC.

El criterio opuesto deja, por otro lado, sin sustento el art. 95, en cuanto dispone que la prórroga de la sociedad debe solicitarse antes del vencimiento del término de duración, pues a partir de allí las expectativas de los terceros y la responsabilidad de los administradores resultan diferentes⁽²⁵²⁾. La Cámara Federal en lo Contencioso Administrativo nro. 3, en los autos "Danieletto, Canosa y Allerand c/ Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina)", del 28 de octubre de 1980 ha ratificado este criterio.

Resta señalar que el art. 10 de la ley 19.550 —modificado por la ley 21.357— aporta un argumento más en favor de la posición que sustento, en cuanto dispone que para aquellas sociedades en las que se hace necesaria la publicación legal del contrato o sus modificaciones, entre otros actos, "debe publicarse un aviso que deberá contener en oportunidad de la modificación del contrato social o disolución (...) la fecha de la resolución que aprobó la misma", supuesto que obviamente descarta la disolución por vencimiento del plazo contractual, que se produce de pleno derecho.

Resulta de lamentar que la ley 22.903, que ha modificado el texto del art. 98, no haya brindado solución a la cuestión analizada, eximiendo expresamente de inscripción cuando la disolución de la sociedad se produjo por el vencimiento del plazo de duración.

ART. 99.—

Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación.

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

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 23, 59, 97, 102, 274; Resolución General IGJ nº 7/2015, arts. 31 y 191. LSC Uruguay: art. 164.

§ 1. Responsabilidad de los administradores luego de ocurrida la causal disolutoria

El art. 99 impone una línea de conducta a los administradores en el supuesto de acaecer la causal disolutoria: atender los asuntos urgentes y adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación de la sociedad.

Cuando la ley se refiere a la atención de los asuntos urgentes, debe entenderse por ello el cumplimiento de las relaciones jurídicas existentes, o como bien sostiene Otaegui⁽²⁵³⁾, aquellos actos cuya omisión en atenderlos pueda producir una disminución patrimonial o signifique el incumplimiento de su obligación. Quedan entonces excluidas del procedimiento de liquidación las operaciones novedosas o cuya finalidad se inserten exclusivamente en procurar una ganancia no vinculable con las operaciones propias del giro común que ya se habían celebrado al momento de ocurrir la causal disolutoria.

En cuanto a las medidas necesarias para iniciar la liquidación, deben incluirse entre ellas, realización del inventario y balance a que alude el art. 103 de la ley 19.550; la inscripción de la disolución en el Registro Público (art. 98), asumir la liquidación efectiva, si de acuerdo con la ley o con el contrato social, la misma está a su cargo; poner en posesión del cargo al liquidador, si este estuviese designado en el contrato social o estatuto, o convocar a reunión de socios o asamblea para la designación del liquidador (art. 102) etc.

Cualquier operación ajena a esos fines, dice el art. 99 de la ley 19.550, los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de estos.

Para interpretar adecuadamente esta norma, es necesario tener presente que no siempre resulta claro diferenciar entre las operaciones habituales de la sociedad y los actos que exorbiten el trámite liquidatorio, habida cuenta, además, que para facilitar la realización total del activo, no toda nueva adquisición de mercaderías debe ser considerada como acto ajeno a esta nueva etapa de la vida de la sociedad. Siempre me viene a la memoria, cuando se trata de definir prácticamente la hipótesis prevista por el art. 99 primer párrafo de la ley 19.550, el ejemplo que nos suministra Malagarriga, durante la vigencia del Código de Comercio, quien se refería a un negocio de zapatería, el cual, por aplicación de las reglas mencionadas por el art. 435 de dicho cuerpo legal y antecedente de la norma en análisis, el liquidador se vería en la imposibilidad de renovar, aunque fuera parcialmente, "el stock", para evitar irse quedando sin los zapatos de numeración corriente, cuya realización, en cambio, se facilitaría con aquella renovación⁽²⁵⁴⁾. Esa es también la posición asumida por Waldemar Arecha, quien admitía que el liquidador debía ir realizando negocios nuevos cuando son marginales de la liquidación, considerando tales los complementarios de los correspondientes a la liquidación, y los negocios paralelos que por su regular magnitud no excedan, para su desarrollo, del tiempo que requerirán los procesos de liquidación⁽²⁵⁵⁾. Finalmente sostiene Benseñor, con quien coincidimos, que la norma del art. 99 de la ley 19.550 debe ser interpretada en el sentido que lo hacía el art. 1906 del Código Civil, que prescribe que no existe violación al mandato, cuando este se cumple de una manera más ventajosa⁽²⁵⁶⁾, siempre y cuando dicha operación tienda a facilitar el trámite liquidatorio.

Entrando de lleno al régimen de responsabilidad previsto por la segunda parte del art. 99 de la ley 19.550, y siendo la intención del legislador que la los liquidadores debe inmediatamente abocarse a los trámites que impliquen la extinción de la sociedad, pues para ello el art. 101 dispone que la entidad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, a nadie puede sorprender que cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y a los socios, pues de lo contrario, y con respecto a éstos, la celebración de actos exorbitantes a la liquidación puede frustrar su vocación al reintegro del capital y a la distribución de su cuota de liquidación.

En cuanto a los socios, el segundo párrafo del art. 99 de la ley 19.550 los responsabiliza de la misma manera frente a los terceros, constituyendo esta norma una importante excepción al régimen de la responsabilidad limitada que caracteriza a los integrantes de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, pues el régimen consagrado por esta norma no efectúa ninguna distinción del tipo social de que se trate, como siempre lo hace cada vez que establece una responsabilidad de esta naturaleza para los integrantes de una sociedad comercial (art. 106).

Los fundamentos que justifican esa ampliación de responsabilidad saltan a la vista, pues si los socios consienten — expresa o tácitamente — que los administradores ignoren, en forma total o parcial el trámite liquidatorio, y la continúan desarrollando el objeto social sin solución de continuidad, como si nada hubiese ocurrido, es inadmisibles que continúe vigente un determinado sistema de responsabilidad, que como el que caracteriza a las sociedades anónimas y de

responsabilidad limitada, debe considerarse excepcional y que solo tiene vigencia durante la vida dinámica de la sociedad y durante el período liquidatorio, en tanto y en cuanto la sociedad transite efectivamente esta etapa.

Lo expuesto cobra mucho más fuerza cuando se trata de una sociedad disuelta por pérdida del capital social (art. 94 inc. 5º de la ley 19.550), pues en este caso, al perder la sociedad la única garantía con que contaban los terceros para percibir sus acreencias, tratándose de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, parece conclusión evidente que si la compañía continúa desarrollando sus actividades empresarias habituales y los socios lo consientes, éstos deberán responder en forma solidaria e ilimitada con la sociedad por las obligaciones que excedan el trámite de liquidación. Mantener un sistema legal en donde la sociedad no cumple con sus compromisos por carecer de toda posibilidad para hacerlo y los socios se amparan en el beneficio de la limitación de la responsabilidad, implica una verdadera burla a la seguridad jurídica y a los derechos de todos aquellos que se han vinculado con la sociedad, que el derecho no puede consentir ni el sistema capitalista tolerar, en tanto implica una traslación de los riesgos empresarios a terceros, inadmisibles para este tipo de economía.

§ 2. Las sociedades disueltas que ignoran el trámite liquidatorio

Nos referiremos a la situación en que se encuentra la sociedad que, habiendo incurrido en causal de disolución por vencimiento del plazo, ignora el trámite liquidatorio, y continúa con las operaciones habituales que hacen al objeto de la sociedad.

La doctrina, durante la vigencia del Código de Comercio, era coincidente en sostener que, al continuar la actividad comercial por parte de la sociedad disuelta, esta debía ser considerada como una sociedad irregular, originándose una situación que podía ser calificada como "irregularidad sobreviniente". La jurisprudencia, aun luego de sancionada la ley 19.550, era conteste en ese criterio⁽²⁵⁷⁾.

Sin embargo, esta doctrina fue cuestionada seriamente con posterioridad al Primer Congreso Nacional de Derecho Societario, celebrado en La Cumbre en 1977. Se entendió que el art. 99 de la ley 1955 ha contemplado la hipótesis en estudio, sosteniéndose jurisprudencialmente que la doctrina elaborada a la luz de las reglas del Código de Comercio, que sostuvo que se originaba una sociedad irregular ante el incumplimiento de las disposiciones legales sobre disolución y liquidación, resulta de discutible aplicación ante la nueva disciplina que para tal supuesto se establece en el art. 99 de la ley 19.550.

En consecuencia, para esta corriente de opinión, la actividad de la sociedad disuelta, ajena a los fines liquidatorios, no implica convertirla en sociedad irregular o de hecho, sino que genera una responsabilidad solidaria de los administradores para con los terceros y socios, ya que las sanciones de responsabilidad ilimitada de los últimos debe surgir de una norma expresa de la ley, que sólo la impone a aquellos⁽²⁵⁸⁾.

Por mi parte, me adheriré sin reservas a la primera posición⁽²⁵⁹⁾ entendiendo aplicable la normativa prevista por los arts. 23 y ss. del ordenamiento societario, en especial, en lo que se refiere a la inoponibilidad de los derechos y defensas nacidos del contrato social y al régimen de responsabilidad allí consagrado, pero aclarando concretamente que no se trataba de una sociedad irregular diferente a la sociedad disuelta, sino que era la misma sociedad, pero cuyos socios, precisamente por ignorar el trámite liquidatorio, no podían invocar las cláusulas del contrato social, al haber perdido vigencia como consecuencia del acaecimiento de la causal disolutiva, cláusulas que sólo podían ser invocadas hasta la extinción de la sociedad, sólo si la misma entraba efectivamente en el período liquidatorio.

Sostuve asimismo que el fundamento de la posición adoptada podía encontrarse en la respuesta al siguiente interrogante: ¿cuál es la razón por la cual las cláusulas del contrato constitutivo resultan inoponibles a los terceros antes de su inscripción en el Registro Público de Comercio? Precisamente, es la ausencia de publicidad que implica el registro del contrato social, lo cual impide a los terceros conocer las cláusulas del referido instrumento. Pero dicho contrato, que debe contener necesariamente el plazo de duración, entre otros requisitos esenciales, bajo sanción de invalidez, es oponible mientras se encuentra vigente y se cumple la etapa liquidatoria, hasta la inscripción de la cancelación del contrato en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 112, LSC. Pero no puede pretenderse oponer a un acreedor de la sociedad una cláusula limitativa de la responsabilidad, bien sea el beneficio de excusión o la responsabilidad limitada de sus socios, cuando el contrato o estatuto que contenía esas cláusulas no rige por haber ocurrido una causal de disolución que pone fin a la vida activa de la sociedad, y evitando sus socios entrar en la etapa liquidatoria, continuando ellos en forma indefinida con su actividad habitual.

Dije también que el contenido del art. 99, LSC, lejos de constituir un obstáculo a lo expuesto, como señalaba la doctrina que combatía, brindaba un argumento más en favor del carácter irregular de las sociedades de plazo vencido que ignoran el trámite liquidatorio, pues de la norma citada pueden extraerse la conclusiones siguientes:

1. Que la situación contemplada es la de la actuación de los administradores designados contractualmente, que continúan desarrollando la actividad inherente al objeto social con el consentimiento de los demás socios, o cuando estos ignoraren tal circunstancia.

2. Que los administradores responden en forma solidaria e ilimitada respecto de los terceros y socios. Se establece una solución idéntica —en cuanto a su responsabilidad ante terceros— a la consagrada por el art. 23, aplicable a las sociedades no constituidas regularmente, en tanto sanciona a los socios "y a quienes contrataron en nombre de la sociedad" en forma solidaria por las operaciones sociales. Con relación a la responsabilidad de los administradores ante los socios, la última parte del art. 99 dice: "sin perjuicio de la responsabilidad de éstos". Obviamente, no se refiere a la responsabilidad de los socios de acuerdo con el tipo social que integran, porque sería redundante, sino a la circunstancia de verse privados del beneficio de excusión consagrado por el art. 56 para las sociedades regulares, al resultar inoponible a los terceros las cláusulas de limitación de la responsabilidad, por haber perdido vigencia el contrato del cual formaban parte.

En contra de lo expuesto, se sostuvieron entonces, los criterios siguientes:

1. El art. 99 no asigna responsabilidad amplia a los socios, pudiendo interpretarse válidamente la referencia a ellos en el sentido de que lo serán según el tipo social, o en el mejor de los casos, en la medida de su consentimiento de la situación⁽²⁶⁰⁾. No creemos que resulte razonable interpretar el art. 99 en tal sentido, pues de su lectura parece más acertado concluir que el legislador ha querido modificar el régimen de responsabilidad de los socios y no concluir con una frase que es —como reitero— innecesaria y redundante, si se considera que la responsabilidad de ellos es idéntica a la asumida durante la vigencia del contrato de sociedad.

2. Resulta difícil considerar como irregular a una sociedad matriculada, pues de acuerdo a lo dispuesto por el art. 21, LSC, es presupuesto de la irregularidad la no constitución regular de ella⁽²⁶¹⁾. Tampoco este es decisivo, ya que el art. 386 de la ley 19.550, conforme ley 22.903 (antes el art. 369), en su inc. h), prevé la aplicación de las normas sobre sociedades no constituidas regularmente a aquellas sociedades por acciones que, formando parte de sociedades que no sean por acciones, no hayan enajenado sus cuotas o partes de interés en el plazo de diez años a que hace referencia dicha disposición legal.

3. Admitir que la sociedad, tras el vencimiento del plazo de duración, sea una sociedad irregular implica reconocer la tácita reconducción del contrato en materia de sociedades que no tiene cabida en nuestro derecho⁽²⁶²⁾. El argumento es equivocado, pues en cuanto nos detengamos en su análisis observaremos que revierte en contra de quien lo utiliza para cuestionar nuestra tesis. También existirá tácita reconducción si se admite que la sociedad continúe su actividad habitual indefinidamente, una vez expirado el plazo de duración, sin otra consecuencia que la mayor responsabilidad de sus administradores.

4. Finalmente Farina⁽²⁶³⁾ ha opinado que la incorporación del instituto de la reconducción ha puesto fin a la polémica, pues el nuevo art. 95, inc. 2º, LSC, establece que la sociedad puede volver a la vida mediante un acuerdo social de esas características, adoptado mediante el sistema mayoritario computado por capital y no por personas, a diferencia el sistema de la regularización de las sociedades irregulares o de hecho, previsto por el art. 22 de la citada ley. El argumento no me convence, pues, como hemos expresado, la sociedad de plazo vencido e ignorante del trámite liquidatorio no es una nueva sociedad irregular diferente de la anterior, sino que se le aplica a la misma el régimen de responsabilidad e inoponibilidad previsto por el art. 23, LSC. Por ello, el trámite de regularización no es el adecuado para las sociedades que incurrir en dicha irregular actuación sino precisamente el de reconducción, pero en el ínterin, esto es, el período que corre entre la disolución y el acuerdo de reconducción, la inoponibilidad de las cláusulas contractuales y la responsabilidad de los socios debe juzgarse a la luz de aquella disposición legal.

Esta polémica ha perdido hoy sentido con la reforma efectuada a los arts. 21 a 26 de la ley 19.550, pues la característica que asimilaba a las sociedades disueltas que no ingresaban deliberadamente al proceso liquidatorio, con las sociedades irregulares o de hecho, estaba dada por la inoponibilidad interna y externa del contrato social —que en aquellas sociedades había perdido vigencia, con excepción de las cláusulas referidas a la liquidación— y con la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores y socios. De modo que, luego de la sanción de la ley 26.994 y perdidas las características de índole sancionatorio propias de las sociedades no constituidas regularmente, carece de sentido imponerles a las sociedades disueltas que ignoran totalmente el trámite liquidatorio, las nuevas normas de la sección IV del capítulo I de la hoy denominada Ley General de Sociedades, beneficiando a los socios y administradores que no adopten las medidas necesarias para iniciar la liquidación —cuestión en la cual está seriamente comprometido el

orden público— con una responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales, que deja en letra muerta la categórica sanción prevista por el art. 99 de la ley 19.550. Podría pues afirmarse que la modificación de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, resulta hasta contradictoria con la disposición del art. 99 de dicha ley.

ART. 100.—

Remoción de causales de disolución. Las causales de disolución podrán ser removidas mediando decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. La resolución deberá adoptarse antes de cancelada la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumida. Norma de interpretación. En caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará en favor de la subsistencia de la sociedad.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 1, 89, 94 a 96, 140. Resolución General IGJ nº 7/2015, arts. 31 y 191. LSC Uruguay: art. 165.

§ 1. Remoción de las causales de disolución

La ley 26.994 ha modificado el art. 100 de la ley 19.550, y posibilita actualmente la remoción de cualquier causal de disolución, mediando la decisión del órgano de gobierno y eliminación de la causa que le dio origen, pero supeditando esta posibilidad a la existencia de viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad. Dispone al respecto el nuevo art. 100 LGS que la resolución que remueve la causal de disolución debe adoptarse antes de cancelarse la inscripción, sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas.

Esta norma es acertada pues con toda lógica, permite la remoción de las causales de disolución hasta la cancelación de la inscripción de la sociedad, que es la última etapa en la vida de la sociedad, pero —insólitamente— la ley 26.994 dejó intacto el art. 95 segundo párrafo —siempre de la ley 19.550— conforme al cual la reconducción de la sociedad, disuelta por vencimiento del plazo de duración, solo puede resolverse por las mayorías previstas en el contrato o estatuto para la reforma de dicho instrumento, y ello hasta que se haya inscripto el nombramiento del liquidador —esto es, en los primeros pasos del procedimiento liquidatorio— y a partir de ese momento, por unanimidad, sin distinción de tipos.

Ello constituye una grave incongruencia, pues la reconducción constituye un supuesto encuadrable en el concepto de "remoción de las causas de disolución", conforme la terminología del nuevo art. 100 de la ley 19.550 y no exhibe coherencia alguna el hecho de que la causal de disolución por vencimiento del plazo de duración pueda ser "removida" por mayoría hasta la inscripción del primer liquidador (art. 96), salvo posterior unanimidad de los socios o accionistas, y cualquier otra causal disolutiva pueda ser removida por mayoría de los integrantes del órgano de gobierno de la sociedad hasta el último momento de la existencia de la sociedad. Esta incoherencia es tanto más grave si se tiene en cuenta que el vencimiento del plazo de duración y la consiguiente reconducción de la sociedad, son supuestos que se presentan con mucho mayor habitualidad que cualquier otra causal de disolución prevista en el art. 94 de la Ley General de Sociedades. No olvidemos al respecto que la unanimidad no es la expresión más rigurosa del sistema de mayorías para la adopción de acuerdos de los órganos colegiados, sino exactamente todo lo contrario al régimen de mayorías, solución que, por lo general, permite todo tipo de actuaciones cuanto menos extrasocietarios, por parte de minorías ínfimas, sin cuyo consentimiento no puede adoptarse esa resolución.

Esa unanimidad, establecida en el último párrafo del art. 95 de la ley 19.550: "Todo ulterior acuerdo de reconducción debe adoptarse por unanimidad, sin distinción de tipos", no puede ser superada a través de cláusulas insertas en el estatuto o acto constitutivo de la sociedad, pues se trata de una norma imperativa de la ley especial que, conforme lo dispone el art. 150 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, predomina sobre las normas previstas por este cuerpo legal en materia de personas jurídicas, cuyo art. 166 prevé una solución distinta a la prescripta por el ordenamiento societario⁽²⁶⁴⁾.

Por obviedad, solo pueden ser removidas las causales de disolución, cuando ellas no han ocurrido por sanción impuesta a la sociedad por su órgano de control o por decisión judicial, de modo que los incs. 9º y 10 del art. 94 son incompatibles con lo dispuesto por el art. 100 de la ley 19.550 en su nueva redacción.

Del mismo modo, la solución prevista por el nuevo art. 100 es supletoria de toda otra disposición que prevea un mecanismo diferente para dejar sin efecto una causal disolutiva, como el art. 95, referida a la prórroga y reconducción —tema sobre el cual ya nos hemos referido en el párrafo anterior—, a la disolución por pérdida del capital social, que encuentra remedio en el art. 96, a través del reintegro o aumento del capital social; para el supuesto de declaración en quiebra (art. 94 inc. 6º); para el supuesto de sanción firme de cancelación de la oferta pública o de la cotización de sus acciones, hipótesis que provoca la disolución del ente, pero que puede quedar sin efecto por la resolución de asamblea extraordinaria reunida dentro de los 60 días, de acuerdo al art. 244, cuarto párrafo de la ley 19.550. Así interpretadas las cosas, la nueva solución del art. 100 primer párrafo de la ley 19.550 está reservada a los siguientes casos de disolución: a) El cumplimiento de la condición a la que se subordinó la existencia de la sociedad; b) La consecución del objeto para el cual se formó o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo; c) Ante ciertas causales de disolución previstas contractualmente o aceptadas por la jurisprudencia sin mención en el art. 94 (inactividad de la sociedad), imposibilidad de funcionamiento de los órganos sociales, una vez superados estos inconvenientes, etc.).

A diferencia de estas hipótesis, la norma del art. 100 de la ley 19.550, en su actual redacción, impone que la remoción de las causales de disolución solo podrá adoptarse si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad.

Nuevamente el legislador no ha sido lo suficientemente específico en torno a esta última exigencia, pues no aclara como y ante quien deben acreditarse estas circunstancias ni tampoco menciona las facultades de la autoridad de control cuando se trata de inscribir el instrumento mediante el cual se decidió la remoción de las causales de disolución. ¿Podría un socio o accionista disconforme con este acuerdo social, impugnar el acto por omisión de las explicaciones del órgano de liquidación en torno a la viabilidad de la actividad de la sociedad? Tal cual como está redactada la norma, compartimos con Vítolo⁽²⁶⁵⁾ que la "viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad" es condición de procedencia para permitir la reversión del estado de liquidación a que alude el art. 100, y en tal sentido, la omisión de toda explicación, o la vaguedad de la misma en el seno de la asamblea extraordinaria que así lo decide, permitirá a los socios ausentes o disconformes, impulsar el procedimiento previsto por el art. 251 de la ley 19.550.

Solo resta abocarse a las responsabilidades emergentes de la resolución que remueve las causales de disolución, disponiendo el último párrafo del primer párrafo del art. 100 que la esa actuación societaria, que puede ser adoptada hasta la cancelación de la inscripción, es legítima, "sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas", haciendo expresa referencia a la norma del art. 99, conforme al cual los administradores que, con posterioridad a la disolución de la sociedad, solo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación, tornando, cualquier operación ajena a esos fines, responsables solidaria e ilimitadamente respecto a los terceros, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos, quienes, como hemos visto, no podrían invocar la responsabilidad propia del tipo cuando, sabiendo que la sociedad se encuentra en liquidación, no activaron los mecanismos necesarios para iniciar la iniciación de este proceso, consintiendo la continuación de los negocios sociales, a pesar de haber acaecido o haberse constatado una causal disolutiva, que fue ignorada por todos los integrantes de la sociedad.

§ 2. La disolución de la sociedad y la conservación de la empresa

Uno de los pilares básicos sobre los cuales se erige la concepción filosófica de la ley de sociedades comerciales es el tan discutido principio de la conservación de la empresa, consagrado definitivamente por las leyes concursales y ello obedece a que la sociedad se ha concebido como el medio técnico por el cual se hace posible la actuación colectiva en una actividad económica, normalmente organizada como empresa. No debe olvidarse que en los países industriales de Occidente, la empresa privada ha sido el principal instrumento de desarrollo económico y cambio social, desde la revolución industrial hasta nuestros días.

De allí que no pueda considerarse la sociedad como un mero instrumento jurídico del que los particulares se sirven para la satisfacción de intereses personales. Un concepto más evolucionado, que trasciende las esferas de los simples o meros socios, hace que la sociedad sea un instrumento del desarrollo económico en cuya existencia, permanencia y continuidad se encuentra involucrado el interés general.

Esto no significa que operada una de las causales de disolución la empresa no deba la sociedad disolverse y liquidarse, pero lo que indudablemente trae aparejado el concepto social en la política legislativa es que ante la duda de la existencia de una causal de disolución, se esté en favor de la subsistencia de la sociedad.

El principio consagrado por el último párrafo del art. 100, tal como se especifica en la Exposición de Motivos de la ley 19.550, en modo alguno lesiona la libertad individual ni el principio de la autonomía de la voluntad, sino que la ley fija una pauta para resolver una duda de interpretación, haciéndolo en favor de la perduración de la sociedad. Por otra parte, es en la misma interpretación analógica, al concebirse la sociedad como un contrato de la norma establecida por los arts. 1066 del Código Civil y Comercial de la Nación, donde, siguiendo el viejo principio jurídico, la ley se pronuncia por la validez de los actos en detrimento de su invalidez o inexistencia.

Podrían señalarse otras normas que dejan traslucir en su atenta lectura, concordancias con el principio que prescribe el art. 100: ellos son el art. 94, en sus incs. 6º, 8º y 9º, y los arts. 95, 96, así como el 140 de la ley 19.550.

Ya en el año 1970, conociéndose el Anteproyecto de Ley, Halperin, en un comentario sobre el régimen de la nulidad de las sociedades, aclaraba que la orientación legislativa general fijaba una regulación propia en la materia, inspirada en los principios de protección a los terceros que trataron con la sociedad y en los de salvar la subsistencia de la misma, como fuente de producción y trabajo⁽²⁶⁶⁾.

La norma, en mi concepto, es positiva. Reafirma la importancia que ocupa en el desenvolvimiento económico y social, el instrumento jurídico denominado sociedad, pero sin dejarse de advertir, que esa protección es asegurada por la ley, cuando detrás de la misma se encuentra una organización que asegure el real ejercicio de los derechos de los socios, y la producción o intercambio de bienes o servicios.

Por aplicación de la norma prevista en el art. 100 de la ley 19.550 ha sido resuelto que la disolución de la sociedad debe apreciarse con criterio restrictivo⁽²⁶⁷⁾, pero resulta aquella inaplicable cuando surge, conforme las circunstancias de cada caso, que por diversos motivos (inactividad, imposibilidad de funcionamiento de sus órganos, conflictos insalvables entre los socios etc.), la sociedad no podrá desarrollar su objeto social⁽²⁶⁸⁾.

En esta línea de pensamiento, nuestros tribunales han invocado permanentemente lo dispuesto en el art. 100 de la ley 19.550, en los casos en donde se ha pretendido la declaración de disolución de la sociedad, habida cuenta su inactividad, habiéndose sostenido que ella es inadmisibles cuando la inactividad no aparece como irreversible, habida cuenta la existencia de indicios reveladores de la potencialidad de la sociedad de volver a funcionar con normalidad⁽²⁶⁹⁾.

SECCIÓN XIII - DE LA LIQUIDACIÓN

ART. 101.—

Personalidad. Normas aplicables. La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, y se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 2º, 54, 99, 105; resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art 192; LSC Uruguay: arts. 167, 168.

§ 1. Liquidación. Concepto. Naturaleza jurídica de la sociedad en liquidación

A diferencia de lo que ocurre con la disolución, la liquidación no es un fenómeno instantáneo, sino que se desarrolla en el curso de un determinado período de tiempo, a los efectos de cancelar el pasivo y liquidar el activo, lapso durante el cual la sociedad subsiste y actúa, conservando su personalidad, aunque a esos únicos fines.

La ley 19.550 sigue, en la Sección XIII, los lineamientos del Código de Comercio, en especial lo dispuesto por el art. 435, que luego de declarar que la sociedad sólo se considera existente a efectos de la liquidación, agregaba que "el uso de la firma social por el liquidador sólo importa la facultad de liquidar y contraer obligaciones que sean consecuencia natural e inmediata de la liquidación", concordando con lo dispuesto a su vez por el último párrafo del art. 422 del citado cuerpo legal, el cual disponía que "en todos los casos debe continuar la sociedad solamente para finalizar los negocios pendientes, procediéndose a la liquidación de los finalizados".

El art. 101 de la ley 19.550 recepta este criterio, en tanto dispone que: "La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto", significando con ello que el ente sobrevive para ser liquidado. No se produce con la disolución el nacimiento de una sociedad nueva, sucesora de la anterior, ni se crea de inmediato una simple comunidad; es la misma sociedad, con su misma personalidad, pero con una transformación en sus fines. La ley se enrola, en consecuencia, en la denominada teoría de la identidad.

El procedimiento liquidatorio está enderezado pues a la enajenación de los bienes del activo, a los efectos de determinar la cuota de liquidación correspondiente a cada socio, pero sin embargo debe observarse que no existen pautas rígidas para que ese procedimiento pueda ser llevado a cabo mediante criterios uniformes, que descalifiquen toda nueva adquisición de mercaderías. Por el contrario, como lo afirma Malagarriga⁽²⁷⁰⁾, lo que puede hacerse en el curso de la liquidación es algo que queda librado a la prudencia y habilidad del liquidador, el que muchas veces deberá renovar sus existencias, aunque en forma parcial, a los efectos de facilitar la realización del total de su activo.

La liquidación puede efectuarse a través de la venta aislada de cada uno de los bienes que componen el activo de la empresa —supuesto corriente en caso de tratarse de negocios minoristas—, o mediante la enajenación del fondo de comercio, a un tercero o en favor de alguno de los socios, procedimiento ventajoso por la inclusión del valor llave en el monto de la operación, pero cumpliéndose en ambos casos con lo dispuesto por la ley 11.867, y desinteresando posteriormente a los acreedores sociales que hayan efectuado oposición en los términos del art. 4º de la citada ley. Este procedimiento asimismo puede ser utilizado por parte de los socios para aportar parte del patrimonio en liquidación a una nueva sociedad que ellos constituyan⁽²⁷¹⁾(art. 44).

La segunda parte del art. 101 de la ley 19.550, al referirse a que la sociedad se rige por las normas correspondientes a su tipo en cuanto sean compatibles, ratifica la plena oponibilidad, durante el trámite liquidatorio, de las cláusulas contractuales y asimismo, ratifica la continuidad de los órganos de administración, gobierno y fiscalización de la sociedad, los cuales mantienen su competencia, pero obviamente acotados a la conclusión de las relaciones jurídicas pendientes. A ello la doctrina denomina "el principio de continuidad"⁽²⁷²⁾.

Los liquidadores, si bien restringen sus funciones a la realización de los actos liquidatorios, conservan su independencia de actuación y no quedan sometidos a la decisión de los socios, sin perjuicio de su deber de consulta a los mismos, frente a ciertas y determinadas circunstancias (art. 105), las cuales pueden presentarse cuando se trata de enajenar los principales activos de la sociedad. Pero de ello no se deriva que la ley requiera, para la venta de esos bienes, la autorización del órgano de gobierno de la sociedad como condición de validez del acto, toda vez que no existe, dentro de la ley 19.550, norma alguna que permita sostener que el liquidador, para enajenar bienes inmuebles deba requerir autorización asamblearia o de la reunión de socios⁽²⁷³⁾.

En cuanto al órgano de gobierno de la sociedad (asamblea de accionistas o reuniones de socios), el mismo subsiste aun cuando la disolución haya sido consecuencia de una sentencia de quiebra, pues aquel debe resolver, en todo caso, la conclusión del procedimiento falencial, a través de los mecanismos previstos por la ley 24.522.

Finalmente, y en lo que se refiere a la sindicatura, la importancia de su actuación durante el período liquidatorio cobra mayor relevancia, atento al control de legalidad de los actos societarios que le compete, en virtud de lo dispuesto por el art. 294, inc. 9º, por lo que debe extremar sus cuidados, frente a la actuación del órgano liquidador, en la realización del activo social y en la total cancelación de los pasivos.

§ 2. Personalidad jurídica de las sociedades en liquidación

El art. 101, LSC, expresa textualmente que: "La sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto".

Si bien la liquidación es, estrictamente hablando, un procedimiento técnico jurídico que regula las relaciones contractuales entre la sociedad, sus socios y los terceros que se han vinculado con ella, ésta continúa funcionando como tal hasta su extinción, previa conclusión de todas las relaciones jurídicas preexistentes, conservando durante el estado de liquidación su plena autonomía patrimonial y las características propias de su tipo societario. Con otras palabras, la sociedad continúa con plenas facultades de administración y gestión sobre sus bienes, pues el patrimonio social permanece como de su propiedad exclusiva.

Cuando el art. 101 de la ley 19.550 prescribe que la sociedad en liquidación conserva su personalidad a ese efecto, ha querido significar que durante la etapa de la liquidación, la personalidad jurídica de la sociedad, distinta a la de cada uno de sus socios, sigue existiendo, aunque limitada a sus propios fines, pues lo que se reduce es el objeto social, que, como hemos sostenido, se limita a la realización de las operaciones necesarias para que la sociedad quede extinguida⁽²⁷⁴⁾. En consecuencia con ello, sólo el liquidador es el representante necesario de la sociedad, la cual sigue siendo titular de sus bienes. En cuanto a la situación de los acreedores sociales no varía, pues continúan gozando del derecho al cobro de sus créditos con preferencia a los acreedores personales de los socios, quienes no adquieren, como consecuencia de la liquidación, ningún derecho sobre los bienes, fondos o efectos de la sociedad, sino que sólo mantienen una expectativa al reembolso de su capital social y a la percepción de la cuota liquidatoria.

Sin embargo, la interpretación de la norma del art. 101 de la ley 19.550, ha dado lugar a una importante polémica, de enorme trascendencia práctica.

Por un lado se sostiene que la ley 19.550, al referirse a que la sociedad conserva su personalidad "a ese efecto", está predicando que todo acto ajeno a la liquidación de la sociedad resulta inoponible a la misma, en la medida que ella, como persona independiente de sus socios, sólo responderá, con su patrimonio, por las actuaciones de los liquidadores que encuadren estrictamente en el trámite liquidatorio. Esa manera de pensar coincide con la especial naturaleza de la personalidad jurídica de las sociedades, cuyo reconocimiento obedece exclusivamente al criterio del legislador, quien puede restringirla en ciertos y determinados aspectos.

En sentido contrario, se sostiene que con la fórmula empleada por el art. 101, primera parte de la ley 19.550, el legislador ha querido simplemente, superando polémicas desatadas durante la vigencia del Código de Comercio, señalar que la sociedad en liquidación es la misma sociedad disuelta, y que su personalidad propia e independiente se mantiene durante toda la etapa liquidatoria, aunque sin restricciones de ninguna especie.

Parece evidente concluir que si la sociedad no ha inscripto su disolución en el Registro Público y ha evitado incorporar el aditamento "en liquidación" a su nombre societario, como lo manda el art. 105 in fine de la ley 19.550, los terceros no tienen porqué suponer que la entidad con la cual se han vinculado se encuentra transitando su etapa liquidatoria, y no resultaría justo que frente a ellos, el acto exorbitante pudiera ser invocado por la sociedad para evitar cumplir con las obligaciones sociales. Diferente es el caso de que el tercero hubiese conocido de algún modo que la sociedad se encontraba en su etapa liquidatoria, por lo que no existe razón, a tenor de lo dispuesto en el art. 101 de la ley 19.550, que la sociedad deba cumplir con las obligaciones emergentes de la actuación extraña a ese período, y si los administradores así procedieran, ellos serán responsables en forma solidaria e ilimitada frente a los socios que no hubiesen consentido esa manera de proceder, por los perjuicios que le hubiesen ocasionado a la sociedad y/o a sus integrantes.

En consecuencia con lo expuesto, la jurisprudencia ha declarado, en distintas oportunidades, la ajenidad de determinadas operaciones sociales realizadas con el procedimiento liquidatorio, como por ejemplo, la distribución de utilidades entre los socios, ante la imposibilidad de reunir los requisitos previstos por los arts. 68 y 224 de la ley 19.550⁽²⁷⁵⁾; la ampliación del capital social y la emisión de acciones⁽²⁷⁶⁾, la modificación de la denominación social, el cambio de objeto y la reducción del capital social⁽²⁷⁷⁾, la reclamación a una tercera sociedad, del cese del uso de la denominación social adoptada por éste, con el argumento, en este último caso, en la inexistencia de interés legítimo por la sociedad en liquidación, ponderando que la disolución le quitó a ella su dinamismo, transformando la actividad de producción en actividad de liquidación, adquiriendo un nuevo ritmo, sin aspirar a obtener ganancias a los fines de distribuirlos entre los socios y comenzando una función incontrovertida de auto examen y realización de los fondos sociales⁽²⁷⁸⁾. Por el contrario, la jurisprudencia admitió la inscripción en el Registro Público de la cesión o transferencias de cuotas sociales⁽²⁷⁹⁾.

§ 3. Necesidad del trámite liquidatorio

La disolución de la sociedad es, como hemos sostenido, un hecho jurídico que, al verificarse, introduce a la sociedad en estado de liquidación, período durante el cual la sociedad conserva su personalidad jurídica, su estructura y su patrimonio, con las limitaciones que le impone el cambio de objeto que la disolución implica.

La ley 19.550 ha sido muy minuciosa en reglamentar cada una de las etapas del procedimiento liquidatorio, así como los derechos, obligaciones y responsabilidades de los liquidadores y socios, en el convencimiento de que la transparencia

de dicho procedimiento no sólo interesa a los socios, a los fines de una justa distribución de la cuota liquidatoria, sino que ha sido establecido fundamentalmente en salvaguarda de los derechos de los acreedores de la sociedad, previéndose a tal efecto expresas normas que impiden la distribución del activo entre los socios si previamente no se garantizan las obligaciones sociales (art. 107, LSC).

La especial naturaleza del proceso de liquidación de la sociedad ha sido bien descrita por Enrique Butty, quien como Juez de Primera Instancia en lo Comercial, resolvió que siendo la sociedad, cuanto menos una realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone, su regular funcionamiento, como así también su liquidación con ajuste a las normas establecidas a esos efectos, involucran cuestiones de interés público, atento la gravitación de las mismas en la actividad productiva en general y en el desenvolvimiento del comercio y de la industria, y si bien la ley 19.550 no establece un término para finalizar la liquidación, ello es así por la dificultad de determinarlo a priori, en atención a las disímiles características y magnitudes que pueden asumir las sociedades a liquidar, más suponiendo siempre que el liquidador habrá de actuar con la debida diligencia⁽²⁸⁰⁾.

Pero, lamentablemente, la práctica demuestra que no es infrecuente la omisión, por parte de los socios y liquidadores, de toda actividad liquidatoria, limitándose estos últimos a enajenar el poco activo que tienen y, a partir de allí dejar absolutamente inactiva a la sociedad, pretendiendo con ello, desalentar a los acreedores sociales. Esa manera de actuar es ilegítima, pues, como lo ha expresado la jurisprudencia, no puede darse por "terminada" la vida de una sociedad, mediante la destrucción de toda su documentación social⁽²⁸¹⁾ o, acaecida la causal disolutoria, mediante la simultánea liquidación de los bienes del activo y la distribución de su producido entre los socios⁽²⁸²⁾, sin respeto a las reglas impuestas por la ley 19.550 para la liquidación de la sociedad, que, como hemos visto, constituye un procedimiento que no ha sido establecido para la mera conveniencia de los socios, sino en resguardo de los acreedores de la sociedad.

Como ha sido expuesto, el acaecimiento de una causal disolutoria nunca importa la desaparición de la sociedad ni supone la extinción inmediata de la misma, sino el inicio de los trámites de la liquidación y todas las diligencias consecuentes, hasta llegar a la baja de la inscripción registral⁽²⁸³⁾ (art. 112), pues los socios no tienen la potestad para decidir el cese de la actividad comercial y repartirse la totalidad de los bienes sociales a su gusto, pues ello implica una disolución, liquidación y partición privada sin intervención de la autoridad de control con alta potencialidad dañosa para terceros y acreedores de la sociedad, atento la omisión de publicitar la disolución social⁽²⁸⁴⁾.

§ 4. El caso de las sociedades desaparecidas

La situación apuntada en los párrafos anteriores nos lleva al problema de lo que he denominado en alguna oportunidad "el caso de las sociedades desaparecidas"⁽²⁸⁵⁾, que se presenta frecuentemente frente a la promoción de pleitos contra la sociedad, en los cuales sus acreedores pretenden el cobro de sus créditos.

No es extraño que, cuando el acreedor pretende notificar una demanda de contenido patrimonial contra la sociedad deudora, se encuentre con la realidad de que el ente no tiene allí su domicilio. Esta situación es incluso mucho más frecuente cuando lo que se pretende notificar es la promoción de un pedido de quiebra, y la sociedad es citada en los términos del art. 84 de la ley 24.522.

La declaración de quiebra de dicha sociedad y las diligencias posteriores que son su consecuencia, revelan también por lo general, que los administradores de esa persona jurídica han devuelto el local a sus propietarios o han procedido a enajenarlo y que no han dejado noticias sobre su mudanza o posterior cambio de domicilio, y mucho menos de los bienes que integraban su patrimonio. Obviamente, tampoco se advierten en estos casos, el cumplimiento de las normas registrales impuestas por el legislador en torno a la inscripción del cambio de domicilio (art. 11, inc. 2º). Con otras palabras, la sociedad simplemente "ha desaparecido", aunque tampoco es infrecuente que los mismos socios desarrollen la misma actividad cerca de donde tenían instalada su sede social o establecimiento industrial o comercial, aunque bajo otra denominación social, situación esta última, subsumible en los términos de los arts. 54, 274 y 279 de la ley 19.550.

En ambos casos, la omisión del trámite liquidatorio de la sociedad "desaparecida" implica grave responsabilidad para los administradores y para los socios, por cuanto la obligación de aquellos de conservar el activo e informar sobre el destino dado a los bienes, no sólo interesa a la sociedad administrada y a los socios, sino también a los terceros ajenos a la sociedad pero acreedores de la misma, que tienen interés en la conservación de la llamada "prenda común" que garantiza y permite el cobro de sus créditos.

La jurisprudencia de los tribunales laborales, siempre haciendo punta en la protección de los derechos del sector más débil de la población, ha resuelto desde antiguo⁽²⁸⁶⁾, que la desaparición de la sociedad, traducida en los hechos con el cierre del establecimiento, sin realizar acto liquidatorio de ninguna especie, provoca la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores y de los socios de la entidad, cualquiera fuere el tipo social adoptado, pues quienes no han respetado el trámite liquidatorio, de evidente orden público y de protección de los derechos de terceros, mal pueden invocar el beneficio de la limitación de responsabilidad.

Ha dicho asimismo la jurisprudencia que el cierre del establecimiento, sin el cumplimiento de los procedimientos de disolución y liquidación previstos por la ley 19.550 y la constitución de una "nueva sociedad", continuadora de la actividad de aquella, implica el consecuentemente vaciamiento y frustración de los derechos de los acreedores, encontrándose reunidos los presupuestos previstos por el art. 54 tercer párrafo de la ley 19.550 para responsabilizar en forma solidaria e ilimitada, al haber frustrado los derechos de terceros a través de la actuación societaria⁽²⁸⁷⁾.

Puede entonces afirmarse, siguiendo importantes precedentes judiciales, que la omisión de la información sobre el destino de los bienes de la sociedad constituye una grave violación a los deberes de lealtad y diligencia que son previstas en el art. 59 de la ley 19.550, lo cual hace a los administradores responsables por los daños y perjuicios causados por la omisión de los cuidados más elementales, y que configura la responsabilidad por culpa grave y obviamente, por dolo (arts. 274 y ss.)⁽²⁸⁸⁾, la cual debe serle extendida al síndico, para quien no es excusable la omisión por los administradores del proceso liquidatorio, en la medida en que su tránsito constituye imperativo legal, cuyo cuidado pone la ley en manos del funcionario sindical (arts. 294 inc. 9º, 296 y 297 del ordenamiento legal societario).

No obstante lo expuesto sobre la necesidad del trámite liquidatorio, la jurisprudencia, en alguna oportunidad ha admitido la prescindencia del mismo, mediando cláusula contractual en la cual se prevé el derecho del socio supérstite de continuar a título personal con los negocios sociales, abonando el haber correspondiente a los deudos del socio fallecido⁽²⁸⁹⁾.

§ 5. ¿Puede simplificarse el trámite liquidatorio?

Como hemos señalado, los beneficios del trámite liquidatorio son los terceros acreedores de la sociedad en forma prioritaria, y los socios, interesados en el reembolso de su capital y la percepción, eventualmente, de su cuota liquidatoria, pues como ha sido señalado, es en la etapa liquidatoria de la sociedad, cuando los socios, sobre la base de las cláusulas del contrato social, podrán reclamar la restitución de lo que a cada uno corresponda⁽²⁹⁰⁾.

Para la protección de esos intereses la ley 19.550 prevé lo siguiente:

a) En cuanto a los terceros, el art. 107 prohíbe toda distribución de los bienes sociales entre los socios, salvo que todas las obligaciones de la sociedad estuvieren canceladas o suficientemente garantizadas.

b) En cuanto a los socios, mediante la confección, por parte de los liquidadores, de informes periódicos sobre el estado de la liquidación (art. 104), así como los proyectos de distribución parcial, balance final y proyecto definitivo de distribución, que deben ser puestos a disposición y conocimiento de todos los socios, para su aprobación, a los fines de controlar la actuación de aquellos (arts. 109 y 110).

Armonizadas dichas normas, nada impediría que, frente a la inexistencia de pasivo (lo cual debe surgir obviamente del balance de liquidación previsto por el art. 103, o de cualquier estado patrimonial de comprobación), los liquidadores pueden obviar la realización de ciertos trámites liquidatorios, y proceder los socios a la aprobación, en un mismo acto, del balance final y proyecto de distribución, suscribiendo incluso simultáneamente la documentación correspondiente, si se resuelve adjudicar los bienes sociales a los socios en condominio⁽²⁹¹⁾, lo cual obviamente no releva a los liquidadores de las obligaciones registrales previstas por los arts. 98, 101, 111 y 112 de la ley 19.550, inscripciones que, cumplimentadas, extinguen a la sociedad en forma definitiva, la cual desaparece como sujeto de derecho, salvo dolo.

Con otras palabras, la posibilidad de simplificación del trámite liquidatorio, está siempre subordinado al respeto de los derechos de terceros, y solo puede ser posible en lo que se refiere a la conclusión de las relaciones jurídicas entre el socio y la sociedad. En tal sentido, la jurisprudencia ha admitido el reembolso del aporte del socio, sólo subordinado a la cancelación del pasivo del ente⁽²⁹²⁾, lo cual es aplicación del principio general previsto por los arts. 2359 y 2378 del Código Civil y Comercial de la Nación, establecido para el caso de división de la herencia, que la jurisprudencia ha entendido

aplicable por analogía a la liquidación de la sociedad, y conforme a la cual resulta impuesto el pago a los acreedores antes de la distribución del activo⁽²⁹³⁾. Del mismo modo, pueden los socios permitir la retención de los bienes sociales por uno de ellos, una vez atendidos los pasivos sociales y también sujeto a esta condición pueden realizar los socios todos los planteos correspondientes a la devolución de su aporte a la sociedad⁽²⁹⁴⁾.

ART. 102.—

Designación de liquidador. La liquidación de la sociedad está a cargo del órgano de administración, salvo casos especiales o estipulación en contrario.

En su defecto, el liquidador o liquidadores serán nombrados por mayoría de votos dentro de los 30 días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación. No designados los liquidadores o si éstos no desempeñaren el cargo, cualquier socio puede solicitar al juez el nombramiento omitido o nueva elección.

Inscripción. El nombramiento del liquidador debe inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Remoción. Los liquidadores pueden ser removidos por las mismas mayorías requeridas para designarlos. Cualquier socio, o el síndico en su caso, puede demandar la remoción judicial por justa causa.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 59, 60, 113 a 117, 129, 131, 139, 145, 160, 235; Resolución General de la Inspección General de Justicia 7/2015, arts. 191 a 194; Uruguay: arts. 170, 171, 182.

§ 1. Designación de los liquidadores. Carácter de su registración

Salvo disposición contractual o estatutaria en contrario, o lo dispuesto para algunas situaciones especiales, como por ejemplo, en el caso de quiebra de la sociedad, liquidación de algunas sociedades sujetas a determinado control estatal o disolución de la misma por declaración judicial de nulidad, la liquidación está a cargo del órgano de administración en funciones al momento de la disolución, el cual debe, en virtud de la transformación del objeto social producto de esa circunstancia, adecuar su actuación a los términos de los arts. 99, 101 y ss. de la ley 19.550.

Si el estatuto o contrato social previera expresamente la necesidad de designación de un liquidador diferente de quienes ejercían, hasta la disolución, la administración de la sociedad, la ley 19.550 establece que el nombramiento de los mismos será por mayoría de votos en asamblea o reunión de socios, que deberá ser celebrada dentro de los treinta días de haber entrado la sociedad en estado de liquidación.

Si bien la ley no es clara sobre el régimen de mayorías necesarias para la designación de los liquidadores, consideramos suficiente la mayoría simple prevista para las sociedades por parte de interés por los arts. 131 in fine, 139 y 145, y tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, por analogía, el régimen mayoritario previsto por el último párrafo del art. 160 del citado cuerpo normativo. En las sociedades por acciones, la solución viene impuesta por el art. 235, inc. 4º, que somete al nombramiento, remoción, retribución de liquidadores, y consideración de la gestión de los mismos a la competencia de la asamblea extraordinaria, por lo que el régimen mayoritario para estas sociedades está previsto por el art. 244 de la ley 19.550.

Puede ocurrir que, acaecida la causal disolutoria, el órgano de administración, a cuyo cargo se encuentra la liquidación de la sociedad (por no existir cláusula en contrario), no adecue su conducta a los términos del art. 99, ni convoque, en caso contrario, a asamblea o reunión de socios para designar al o los liquidadores. En tales casos, asiste el derecho a los socios, sin merituar su porcentaje en el capital de la sociedad, de exigir al juez la designación de un liquidador, pues la omisión de la adecuación de la conducta de los administradores a los estrictos límites de la liquidación, importa el incumplimiento de sus obligaciones específicas (arts. 59 y 274), lo cual autoriza su remoción e inmediato desplazamiento. En tal sentido, lo dispuesto por el párr. 2º del artículo en estudio debe interpretarse de acuerdo con las normas de los arts. 113 a 117, de la ley 19.550.

También puede acontecer que, designados los liquidadores, estos no acepten su cargo o no cumplan su cometido en forma inmediata, en cuyo caso cualquier socio puede exigir una nueva elección, reclamando de los administradores la inmediata convocatoria a reunión de socios o asamblea de accionistas para ello, pero el incumplimiento de tal obligación no torna aplicable lo dispuesto por el art. 236 de la ley 19.550, sino que autoriza directamente la designación de un liquidador judicial.

El tercer párrafo del art. 102 de la ley 19.550 prescribe la necesidad de inscribir el nombramiento del liquidador en el Registro Público de Comercio a los efectos de la oponibilidad de su actuación a terceros. Esa inscripción tiene por fin satisfacer un imperativo de seguridad jurídica, relevando a los terceros que contratan con la sociedad de la necesidad de indagar en cada caso sobre los antecedentes de los nombramientos de quienes pretenden representarla.

El liquidador no debe esperar la registración de la disolución de la sociedad y su nombramiento para asumir el cargo, pues, al igual que lo que sucede con los administradores, quienes conservan su cargo "hasta ser reemplazados", la inscripción de los mismos en el Registro Público de Comercio tiene carácter declarativo; por lo tanto, el liquidador, aun no registrado, es hábil para ejecutar la voluntad social, y sus actos son plenamente oponibles para la sociedad y frente a terceros, como ha sido sostenido por nuestra jurisprudencia⁽²⁹⁵⁾. En otros términos, la designación del o los liquidadores tiene efectos desde el mismo momento en que se lleva a cabo, en tanto siendo la inscripción meramente declarativa, es de toda evidencia que si el tercero que contrata con la sociedad conoce el nombramiento del liquidador no inscripto, estará éste legitimado para actuar en nombre del ente, mientras que de otro lado, su nombramiento estará plenamente vigente en la esfera interna de la vida social, a la cual también se ordena la liquidación⁽²⁹⁶⁾.

La publicidad e inscripción de los liquidadores no es sin embargo exigible cuando estos reciben su cargo por la ley⁽²⁹⁷⁾, o cuando la liquidación de la sociedad se encuentra a cargo del mismo órgano de administración, pues en este caso, la publicidad de la actuación de los mismos surge directamente del acto constitutivo, que fue objeto de inscripción y publicidad oportuna (arts. 7º y 10 de la ley 19.550).

§ 2. Remoción de los liquidadores y designación de liquidadores judiciales

Finalmente y en cuanto a la remoción de los liquidadores, el art. 102, in fine, autoriza el desplazamiento de los mismos sin invocación de causa, bastando las mismas mayorías requeridas para designarlos.

Los liquidadores pueden ser también removidos con invocación de justa causa, pues además de la causal de remoción prevista específicamente por el art. 103, rigen los principios generales previstos por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550, a los cuales remite indirectamente el art. 108, cuando dispone que "las obligaciones y responsabilidades de los liquidadores se rigen por las disposiciones establecidas para los administradores, en todo cuanto no esté dispuesto en esta sección", con lo cual se predica que los liquidadores deben actuar con los deberes, facultades y responsabilidades de los administradores, a quienes le son exigibles las conductas impuestas por los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

El incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley 19.550 al liquidador de la sociedad autoriza a esta a removerlo con invocación de causa, rigiendo al respecto, para el liquidador socio de la sociedad, la inhabilidad prevista por el art. 241 de la ley 19.550. Si el órgano de gobierno de la sociedad fuere remiso en removerlo, no obstante el incumplimiento de sus obligaciones, el art. 102 autoriza a cualquier socio a exigir judicialmente esa remoción, e idéntico derecho le otorga al síndico de la sociedad, con lo cual el legislador amplía considerablemente las facultades de este funcionario, quien, con anterioridad a la disolución de la sociedad, carecía de tal prerrogativa.

Obviamente, el derecho del socio o del síndico de la sociedad de exigir la remoción del liquidador mediando justa causa, lo autoriza a echar mano al remedio de la intervención judicial, que es la medida precautoria específica para todo juicio de remoción, en el caso de que los liquidadores realicen actos o incurran en omisiones que pongan en peligro grave a la sociedad (art. 113 de la ley 19.550).

La designación de un liquidador judicial ha sido admitido por la jurisprudencia en diversos supuestos, por ejemplo, ante la imposibilidad de los socios de ponerse de acuerdo en la persona del liquidador o sobre el procedimiento adecuado para llevar a cabo la liquidación, situaciones que deben ser remediadas por el órgano jurisdiccional, designando a un liquidador judicial que lleve adelante el procedimiento previsto en los arts. 102 y ss. de la ley 19.550⁽²⁹⁸⁾.

La jurisprudencia no exhibe demasiados casos en donde el poder judicial haya debido intervenir en conflictos suscitados en sociedades en liquidación, lo que muy bien puede deberse al hecho de que, ilegítimamente, muchas veces se prefiere poner fin a los negocios sociales, despidiendo a los empleados, vendiendo el activo, si es que algo queda de él y de esa manera poner fin a la vida de la sociedad, ignorando todas las obligaciones previstas por los arts. 101 de la ley 19.550. Sin embargo, no podemos soslayar lo acontecido en el caso "Horvath Francisco y otros c/ Establecimientos Fume Sociedad de Responsabilidad Limitada", resuelto por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, del 26 de noviembre de 1993, aunque lo sustancioso de este pronunciamiento lo encontramos en el fallo de primera instancia, a cargo por entonces del Dr. Enrique Butty.

Se dijo en esa oportunidad que no parece hacer honor al deber de obrar con la diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59 de la ley 19.550), quien luego de varios años de haber sido designado liquidador, sin haber llevado a cabo su cometido, pretende excusar su inactividad, alegando haberse quedado a la espera de la documentación que justifique su representatividad. A mayor abundamiento, debe advertirse que el liquidador no esgrimió haber adoptado ningún arbitrio idóneo para concretar su inscripción en el Registro Público de Comercio, como bien pudo hacerlo, recurriendo a los socios para obtener las pertinentes instrucciones conforme lo establecido por el art. 105 de la ley 19.550. Se sostuvo asimismo en ese precedente que, ante ese panorama, no constituye un prius del reclamo de la remoción de tal liquidador, la necesidad de agotar la vía prevista en el contrato social a los fines de posibilitar que sea en el ámbito de los órganos naturales del ente donde se debaten y diluciden las cuestiones que hacen a su vida interna, lo cual no es requerible cuando los socios actores han acreditado haber efectuado reclamos extrajudiciales con resultado infructuoso en razón de haberseles negado ilegítimamente su legitimación para hacerlo y habersele omitido contestar los requerimientos realizados a los fines de obtener información, lo que lleva a la conclusión que dudosamente aquellos hubieran tenido éxito en el ejercicio de derechos que por su naturaleza derivaban de un status que no le era reconocido.

ART. 103.—

Obligaciones: inventario y balance. Los liquidadores están obligados a confeccionar dentro de los 30 días de asumido el cargo un inventario y balance del patrimonio social, que pondrán a disposición de los socios. Éstos podrán, por mayoría, extender el plazo hasta 120 días.

Incumplimiento: sanción. El incumplimiento de esta obligación es causal de remoción y les hace perder el derecho de remuneración, así como les responsabiliza por los daños y perjuicios ocasionados.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 63 a 66, 104, 105, 108. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192. LSC Uruguay: art. 174.

§ 1. Obligaciones de los liquidadores

Como hemos explicado, la liquidación de la sociedad no significa clausurar la sociedad y realizar indiscriminadamente el activo, sino concretar la tarea en la forma conveniente a la integridad de los bienes y al interés de los socios. Como ha destacado la doctrina y la jurisprudencia, la actividad de liquidación importará múltiples y diversas tareas, según la rica gama de matices que exhibe la realidad, pero no podrá consistir en la asunción de obligaciones que excedan esa finalidad para inscribirse en el ámbito de una operatoria innecesaria o ajena a la tarea específica de realizar el activo y cancelar el pasivo, pues las operaciones desarrolladas por el liquidador deben expresar relación mediata e inmediata con esa tarea específica⁽²⁹⁹⁾.

Castillo enumera, entre las principales obligaciones de los liquidadores, la de levantar un inventario y balance de los negocios de la sociedad y ponerlos en conocimiento de los socios, el cobro de los créditos de la sociedad, la representación en juicio, la realización del activo, el recibo y la entrega de mercaderías, la venta de los inmuebles, la extinción del pasivo y todos los actos necesarios para poner fin a la vida de la sociedad⁽³⁰⁰⁾.

§ 2. El inventario y balance inicial de liquidación. Su impugnación

El art. 103 de la ley 19.550 inicia la enumeración de una serie de obligaciones impuestas al liquidador de la sociedad, cuyo incumplimiento lo hace pasible de remoción y responsabilidad por los perjuicios causados derivados de su incumplimiento.

Esa obligación es, conforme lo señala Cámara, esencial para quien administra un patrimonio ajeno, pues constituye una precaución de seguridad personal el saber, con exactitud, cuáles bienes integran el patrimonio que será administrado a partir del momento en que el liquidador asuma sus funciones⁽³⁰¹⁾, entre las cuales se encuentra la custodia de los bienes de la sociedad.

Por ese mismo fundamento, el inventario y estado patrimonial inicial de liquidación es exigible aun cuando los liquidadores son los mismos administradores, y el balance ordinario de ejercicio hubiera sido confeccionado en una fecha muy cercana al momento de la disolución. En otras palabras, mediante el inventario y estados contables previstos por el art. 103 de la ley 19.550, se establece una separación entre la gestión de la administración anterior, más amplia en cuanto a sus alcances, y la de la liquidación, circumscripta, en términos generales, a la venta de los bienes del activo, para la cancelación del pasivo y distribución del remanente entre los socios, si lo hubiera.

Para el cumplimiento de esta obligación, no es necesario hacer intervenir a escribano público ni tasador, aunque hubiese menores interesados, porque la situación es igual en este sentido a la de la sociedad durante su existencia⁽³⁰²⁾.

Sobre el tema la doctrina ha señalado:

a) Si bien existen legislaciones que imponen un criterio de valoración de los bienes conforme a un valor probable de realización inmediata, nuestros autores parecen inclinarse por la inconveniencia de cambiar el sistema de valuación corriente, por el escaso tiempo que la ley otorga para la redacción del inventario y balance de liquidación, y por la circunstancia de que estos muestran el estado de la sociedad desde su último ejercicio⁽³⁰³⁾.

b) Deben confeccionarse con intervención y participación directa de los socios y ex administradores, pues ello facilitará la gestión de los liquidadores y coadyuvará a su pronta conclusión⁽³⁰⁴⁾.

La ley, como quedó señalado, fija un plazo de treinta días a los liquidadores para confeccionar el inventario y balance inicial de liquidación, plazo que puede ser extendido hasta ciento veinte días como máximo, mediando decisión mayoritaria de los socios.

Estas mayorías, como se ha señalado al analizar el art. 102, son aquellas previstas por los arts. 131 párr. 2º, 139, 145 y 160, in fine, para las sociedades de personas y de responsabilidad limitada, respectivamente. En cuanto a las sociedades por acciones, debe recordarse que el art. 235, inc. 4º de la ley 19.550, establece, como de competencia de las asambleas extraordinarias, las decisiones asamblearias referidas al "nombramiento, remoción y retribución de los liquidadores, escisión, consideración de las cuentas y demás asuntos relacionados con la gestión de éstos en la liquidación social, que deban ser objeto de resolución aprobatoria de carácter definitivo", por lo que en principio, y más allá de la deficiente redacción de la norma, debe considerarse como de competencia exclusiva de esta clase de asambleas, todo lo relacionado con la gestión de los liquidadores de la sociedad.

El plazo otorgado por el art. 103 de la ley en estudio, para la confección del inventario y balance inicial de liquidación debe ser computado desde que los liquidadores aceptaron el cargo, en forma expresa o implícita, cumplidos los cuales, y salvo la prórroga prevista en esta norma, deben proceder a ponerlos a disposición de los socios en la sede social.

Repárese que el legislador no exige la aprobación del inventario y balance inicial de liquidación por parte del órgano de gobierno de la sociedad, sino sólo su puesta a disposición de los socios, sin hacer ninguna referencia a los derechos que le asisten a los mismos en caso de disconformidad con las cuentas de dichos instrumentos.

Corresponde pues utilizar el método analógico para completar las lagunas que presenta el texto legal, considerando aplicables al caso las reglas establecidas por el art. 110, que se refieren, concretamente, a los derechos de los socios frente a la presentación del balance final por los liquidadores, otorgando a los socios un plazo de caducidad de quince días para impugnarlos en forma extrajudicial. Si esas impugnaciones no fueran atendidas por el liquidador, o fueran rechazadas por éste, el impugnante debe promover la correspondiente acción judicial dentro del término de sesenta días de vencido el plazo establecido para la impugnación extrajudicial, acumulando todas las impugnaciones en una causa única.

La obligación del liquidador de cumplir con la puesta a disposición del inventario y balance inicial de liquidación a los socios, rige para todas las sociedades, cualquiera sea el tipo social adoptado. Ello ha sido consagrado por la ley 22.903, que modificó el texto original del art. 104, el cual, en las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada de veinte o más socios, suplía la presentación de dichos instrumentos a los socios, mediante la obligatoriedad de ponerlos a consideración del órgano de fiscalización, por ese entonces obligatorio para dichos tipos societarios. Luego de la referida reforma, el sistema previsto actualmente por la ley 19.550 nos parece más aconsejable, sin perjuicio de destacar que, existiendo órgano de fiscalización, el funcionario a cargo del mismo tendrá necesaria injerencia en el análisis de esos instrumentos, así como legitimación activa indiscutible para impugnarlos, si se advierte que ese análisis integra la obligación de controlar la legalidad de los actos societarios, como lo predica, sin excepciones, la norma del art. 294, inc. 9º de la ley 19.550.

El incumplimiento de esta obligación por parte del liquidador constituye suficiente causal de remoción, y le hace perder el derecho de remuneración, así como los responsabiliza por los daños y perjuicios ocasionados. Del mismo modo, la jurisprudencia ha admitido a esta omisión, así como al incumplimiento de la obligación de presentar los informes trimestrales previstos por el art. 104 de la ley 19.550, como un supuesto de procedencia de la intervención judicial previsto por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550, en tanto esas actuaciones comportan indicios de omisiones con virtualidad suficiente para colocar a la sociedad en peligro grave⁽³⁰⁵⁾.

ART. 104.—

Información periódica. Los liquidadores deberán informar a los socios, por lo menos trimestralmente, sobre el estado de la liquidación; en las sociedades de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2, y en las sociedades por acciones, el informe se suministrará a la sindicatura.

Balance. Si la liquidación se prolongare, se confeccionarán además balances anuales. [Texto según ley 22.985]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 67, 103, 294. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192. LSC Uruguay: arts. 174.

§ 1. Obligación de los liquidadores de informar sobre el estado de la liquidación. Deber de rendición de cuentas de los liquidadores

Esta obligación se encuentra prevista por el art. 104 de la ley 19.550, conforme a la cual los liquidadores deberán informar a los socios, por lo menos trimestralmente, sobre el estado de la liquidación, confeccionando, además, los balances anuales, si la liquidación de la sociedad se prolongare en el tiempo.

A diferencia de lo que acontece con el inventario y balance inicial de liquidación, el art. 104 prevé que, tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada que supere el capital previsto por el art. 299, inc. 2º de la ley 19.550 y en las sociedades por acciones, los informes previstos por aquella disposición se suministrarán exclusivamente a la sindicatura y no a los socios individualmente, cuando contractual o estatutariamente se hubiese establecido la actuación de este funcionario de control interno.

La información periódica prevista por el art. 104 de la ley 19.550, constituye una verdadera rendición de cuentas sobre la liquidación de la sociedad, que deberá ser presentada conforme a los términos de los arts. 858 a 864 del Código Civil y Comercial de la Nación, esto es, con la documentación respaldatoria de cada operación, la cual deberá estar en la sede social y el liquidador deberá hacer saber la existencia de estos informes a los socios o accionistas para que puedan ser examinados por ellos. La omisión en el cumplimiento de esta obligación autoriza a la remoción del liquidador y la intervención judicial como medida precautoria⁽³⁰⁶⁾, aunque nada impide que los socios puedan prorrogar los plazos previstos legalmente, o simplemente dejar sin efecto la obligación que pesa sobre ese funcionario de informar periódicamente, quien sin embargo no puede quedar relevado de confeccionar los balances anuales previstos por el último párrafo del art. 104, si la liquidación se prolongare.

En cuanto a los balances anuales que el liquidador debe confeccionar, en caso de que la etapa de liquidación se prolongue en el tiempo, a diferencia de los estados contables previstos en los arts. 102 y 109, aquellos deben efectuarse de conformidad con los parámetros previstos en los arts. 61 a 66 de la ley 19.550 y ser considerados y aprobados a través del órgano de gobierno de la sociedad, cualquiera fuere su tipo social, como si se tratara de un estado contable de ejercicio (art. 234 de la ley 19.550).

De manera tal que, si se trata de los estados contables de liquidación, su consideración por los socios y su régimen de aprobación es diferente al régimen de consideración y aprobación de los balances de ejercicio, mientras la sociedad desarrollaba su objeto social sin haber incurrido en causal disolutoria alguna, pues en este caso, la convocatoria a asamblea o reunión de socios para considerar esos instrumentos debe hacerse por el órgano de administración, y para su aprobación es necesario reunir las mayorías requeridas por la ley 19.550 para los asuntos ordinarios de administración. En cambio, si se trata de los balances iniciales o finales de liquidación, ellos deben ser puestos a disposición de los socios o accionistas para su examen individual, rigiendo para su impugnación el régimen especial previsto por el art. 110 de la ley 19.550, conforme al cual la acción judicial de impugnación del balance final y plan de partición debe ser iniciada por los socios en el término de los 60 días siguientes al vencimiento de los quince días que otorga dicha norma para cuestionarlos extrajudicialmente.

Por su parte, cuando se trata de las informaciones periódicas sobre el estado de la liquidación, previstas por el art. 104 de la ley 19.550, ella debe ser puesta a disposición de los socios individualmente y su aprobación o cuestionamiento se rige por las normas de los arts. 558 a 564 del Código Civil y Comercial de la Nación, referidos a la rendición de cuentas, conforme a los cuales si el destinatario de esos informes deja transcurrir un mes, contado desde la recepción del mismo, sin hacer observaciones, se presume que reconoce implícitamente la exactitud de esas cuentas, salvo prueba en contrario, pudiendo el socio efectuar las reclamaciones por vía judicial o extrajudicial.

Aclarado ese panorama, que en la ley 19.550 se presenta confuso, debemos abocarnos a una cuestión controvertida en nuestra jurisprudencia, que se refiere a la titularidad de la legitimación activa en las acciones judiciales que deben ser promovidas contra los liquidadores que no cumplen con su obligación de informar. Por una parte, se ha considerado que los socios, en forma individual y por derecho propio no se encuentran legitimados para conducirla, sino, que es la propia sociedad la que debe promover la acción judicial correspondiente⁽³⁰⁷⁾, criterio que ofrece muchas dudas, pues olvida que la promoción de una demanda de tal contenido implica poner en práctica el ejercicio de un derecho fundamental que es inherente al carácter de socio, quien como tal debe actuar como órgano de defensa de la sociedad, en salvaguarda de las bases fundamentales de la misma, que son el estatuto y la propia ley.

Precisamente por tratarse de una "acción social", no puede descartarse sin más el derecho del socio o accionista de demandar al liquidador que incumple con sus obligaciones, para obtener una condena judicial de cumplimiento o remoción, pero para ello deberá agotar previamente los recursos previstos por el contrato social (art. 114 de la ley 19.550), exigiendo la convocatoria del órgano de gobierno de la sociedad, para que todos los socios resuelvan la adopción de las medidas del caso. En consecuencia, y frente al incumplimiento por parte del liquidador de las obligaciones que le son impuestas por el art. 104 de la ley 19.550 la sociedad, a través de los restantes liquidadores o mediante la actuación de un liquidador "ad hoc", cuando la liquidación se encuentra a cargo de un solo funcionario, es quien deberá promoverle al liquidador remiso la acción judicial de rendición de cuentas y/o de remoción, y sólo en caso de inacción del órgano correspondiente, el socio podrá promover las mismas, no para satisfacer su interés individual, sino en defensa del funcionamiento de la misma sociedad y en protección de todos quienes integran el ente.

Si la sociedad contara con sindicatura o consejo de vigilancia, estos órganos se encuentran también legitimados promover las acciones judiciales tendientes a obtener, del liquidador, el cumplimiento de sus obligaciones de información y eventualmente su remoción (art. 102).

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia ha consagrado, acertadamente, el derecho del liquidador de requerir del coliquidador que administró los fondos sociales, los informes pertinentes para dar cumplimiento a lo establecido por el art. 104 de la ley 19.550 y aun de requerirle la rendición de cuentas, actuando a nombre y representación de la sociedad⁽³⁰⁸⁾.

Facultades. Los liquidadores ejercen la representación de la sociedad. Están facultados para celebrar todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo.

Instrucciones de los socios. Se hallan sujetos a las instrucciones de los socios, impartidas según el tipo de sociedad, so pena de incurrir en responsabilidad por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

Actuación. Actuarán empleando la razón social o denominación de la sociedad con el aditamento "en liquidación". Su omisión les hará ilimitada y solidariamente responsables por los daños y perjuicios.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 58, 59, 101. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192; LSC Uruguay: arts. 169, 175.

§ 1. Derechos de los liquidadores

El liquidador ejerce en forma exclusiva y excluyente la representación de la sociedad, aunque con la limitación resultante del cambio de objeto acaecido por la disolución. Están facultados para ejercer todos los actos necesarios para la realización del activo y cancelación del pasivo, desarrollando la actividad necesaria para la conservación de los bienes sociales, llevando la contabilidad legal, haciendo efectivos los créditos, ejerciendo las acciones judiciales contra los deudores morosos, e incluso, conforme lo dispuesto por el art. 5º de la ley 24.522, pueden solicitar concurso preventivo. Las acciones judiciales iniciadas contra la sociedad deben serle notificadas en el domicilio de ésta, asumiendo su defensa por sí o a través de los mandatarios que designe.

Debe sin embargo actuar empleando la razón social o denominación de la sociedad con el aditamento en liquidación, pero su omisión, en principio, no lo responsabiliza frente a terceros en forma solidaria e ilimitada con la sociedad por las obligaciones sociales, en la medida que se trate de actos que no sean exorbitantes al procedimiento de liquidación, en cuyo caso, rige el art. 99 de la ley 19.550. Ha dicho la doctrina que no es propio afirmar que la ausencia del empleo de ese aditamento permita oponer a los terceros la ignorancia de ese estado, que los terceros deben inferir del hecho de haberse publicado la disolución⁽³⁰⁹⁾ y por ello solo habrá lugar a responsabilidades cuando la omisión hubiera determinado un perjuicio⁽³¹⁰⁾. Por otro lado, la jurisprudencia tiene dicho, en torno a una disposición similar contenida en el art. 434 del Código de Comercio, que la ausencia del aditamento en liquidación no autoriza la excepción de falta de personería⁽³¹¹⁾.

Un tema de interés lo constituye la situación de los mandatos otorgados por los administradores con anterioridad a la disolución, sosteniéndose que, como principio general, los mismos permanecen vigentes aun cuando el liquidador goza de la facultad de revocarlos ad nutum en forma expresa o tácita; pero se excluye de aquel principio a los gerentes o administradores, cuya persistencia en la función resultaría incompatible con la del liquidador. En cuanto a los poderes otorgados a los factores, los mismos persisten hasta la conclusión del proceso liquidatorio (art. 112), pero estos verán reducidas sus facultades a los actos de liquidación, no pudiendo concluir nuevos negocios a nombre de la sociedad⁽³¹²⁾; sin embargo sus actos obligarán siempre a la misma si la disolución no fue inscripta en la jurisdicción de la sucursal donde el factor se desempeñe.

En cumplimiento de sus funciones, el liquidador está obviamente facultado para efectuar los actos necesarios para realizar el activo, y aunque siempre se halla sujeto a las instrucciones de los socios (art. 105, párr. 2º), se entiende que ellas se refieren al modo o condiciones de llevar a cabo su actividad, y no a autorización alguna, pues ellas se entienden presupuestas por el estado en que se encuentra la sociedad. En consecuencia, no necesita conformidad alguna para efectuar actos de disposición, ni aun en caso de inmuebles, salvo disposición contractual en contrario; pero ha entendido la doctrina que debe requerirse autorización en caso de venta del establecimiento en bloque, por tratarse de una operación de singular importancia para los intereses de los socios y de la sociedad⁽³¹³⁾.

Por otro lado, la liquidación no significa, como afirma Zavala Rodríguez⁽³¹⁴⁾, que la sociedad deba cerrar sus puertas y terminar de improviso sus negocios. Los liquidadores deben tratar de que el paso de la vida de la sociedad a su desaparición sea paulatino y sin producir trastornos, y con esos objetos deben contraer las obligaciones que sean consecuencia natural e inmediata de la liquidación, celebrando incluso nuevas compras, adquiriendo mercaderías de más rápida venta para favorecer la realización de otros productos o para prestar adecuadamente los servicios comprometidos.

El cumplimiento de nuevas operaciones sociales ajenas al trámite liquidatorio son inoponibles a la sociedad por parte de los terceros que hubieran participado en ellas, salvo que hubieran desconocido la existencia de la causal disolutiva o la actuación del liquidador. Ello es una consecuencia de lo dispuesto por el art. 99 de la ley 19.550 y rige al respecto el

principio general previsto por el art. 58, al cual me remito, pero debe señalarse que la calificación de la nueva operación, o si ella está relacionada con el proceso liquidatorio, constituye una cuestión fáctica que el juez deberá resolver teniendo en consideración las circunstancias de cada caso, sin perjuicio de que el tercero de buena fe pueda demandar al liquidador por los perjuicios ocasionados, en los casos en que la inoponibilidad a la sociedad de los actos celebrados por aquel, resulte procedente.

ART. 106.—

Contribuciones debidas. Cuando los fondos sociales fueran insuficientes para satisfacer las deudas, los liquidadores están obligados a exigir de los socios las contribuciones debidas de acuerdo con el tipo de la sociedad o del contrato constitutivo.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 103. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192.LSC Uruguay: art. 176.

§ 1. Insuficiencia del activo. Contribuciones debidas

Teniendo en cuenta que es función primordial del liquidador la cancelación total del pasivo, recurriendo a los fondos sociales, la ley 19.550, en su art. 106, obliga al liquidador a requerir de los socios los montos necesarios cuando aquel fuere insuficiente para satisfacer las deudas de la sociedad.

Se trata de una verdadera obligación del liquidador, como se desprende del propio texto legal, pero el art. 106 la limita exclusivamente a aquellas sociedades en las cuales exista responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones sociales, o cuando así se ha pactado en forma suplementaria (art. 151 de la ley 19.550).

La decisión del liquidador de exigir las contribuciones previstas por el art. 106 de la ley 19.550, no está sujeta a aprobación previa de los socios, ni deben serle suministradas explicaciones a estos, pues el liquidador debe actuar como juez exclusivo de las exigencias de la liquidación. Así lo expresaba Garo⁽³¹⁵⁾, comentando el art. 437 del Código de Comercio —antecedente del art. 106 de la ley 19.550—, para quien el liquidador debe obrar imparcialmente, hasta defender a veces los derechos de los acreedores sociales, en contraposición con los de los socios, y siempre cumpliendo con los deberes que le impone la ley. Si obrare abusivamente o en forma dolosa, la vía judicial estará abierta en procura de rectificaciones y reparaciones, pero 'a posteriori' de la entrega de los fondos, no 'a priori'. No es el juez a quien la ley faculta a apreciar de modo inmediato si procede o no el reclamo de los fondos, solamente juzgará la justicia el "quantum" reclamado y su pago.

Por el contrario, en aquellas sociedades en las cuales los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado, el liquidador sólo puede reclamarles la integración de los aportes comprometidos (art. 150 de la ley 24.522), pero nada más, lo cual constituye, a mi juicio, un grave error, pues entiendo que la obligación de contribuir para la satisfacción del pasivo debe comprender no sólo a los integrantes de aquellas sociedades que se obligan en forma solidaria e ilimitada por las deudas sociales, sino a todos los socios de cualquier sociedad mercantil.

Respecto a las sociedades sometidas a la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, y teniendo en cuenta que ellas no constituyen un tipo social, cabe diferenciar, en lo que respecta a las "contribuciones debidas" del art. 106, entre las sociedades que cuentan con contrato y las que no lo tienen. En el primer caso —sociedades irregulares, atípicas u omisivas de requisitos esenciales no tipificantes— la existencia de una cláusula contractual que reglamente esta cuestión, puede limitar las exigencias que el liquidador social está en condiciones de efectuar a sus integrantes, requiriéndoles los fondos necesarios para satisfacer las deudas sociales. Ello no será posible en las sociedades de hecho, habida cuenta la inexistencia de contrato constitutivo.

La cuestión de las "contribuciones debidas" a que se refiere el art. 106 de la ley 19.550 está íntimamente ligado a la responsabilidad asumida por los integrantes de la sociedad respecto de las obligaciones sociales y aún a riesgo de considerarme reiterativo, debo una vez más insistir que el principio de la limitación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales, que la ley 19.550 establece para los integrantes de las sociedades por acciones —con

excepción de los socios comanditados en las sociedades en comandita por acciones — y de responsabilidad limitada, debe ser considerado como un privilegio que constituye una excepción al principio de unidad del patrimonio consagrado por el ordenamiento común.

Históricamente, el beneficio de la limitación de la responsabilidad para los integrantes de sociedades comerciales, nació como consecuencia del tráfico mercantil a las Indias Occidentales, erigiéndose en un privilegio excepcional otorgado por los reyes de España frente a los riesgos que suponían tales emprendimientos y las dificultades en la obtención de capitales para llevar a cabo ese comercio de ultramar.

Posteriormente, y ya en el siglo xix, ese beneficio se extendió a todas las sociedades anónimas, que, por propia definición y características, suponen la concentración de capitales para el desarrollo de empresas de gran envergadura.

En nuestro país, el Código de Comercio y la ley 19.550 consagraron sin salvedades ese principio para las sociedades anónimas —art. 163 de este ordenamiento legal— y para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 146), aunque dejando a salvo el legislador, para estas últimas sociedades, el supuesto excepcional del art. 150, que consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios por la integración de los aportes.

La excepcionalidad del otorgamiento de la limitación de la responsabilidad deriva de las propias características de las sociedades anónimas, que requiere la concentración de aportes de capital por parte de un número importante de personas, que exceden, por lo general, la capacidad económica de un comerciante individual. En consecuencia, todo el funcionamiento de la sociedad anónima está inspirado en la existencia de un gran número de accionistas, que se encuentran desvinculados de la administración de la sociedad, participan sólo periódicamente del gobierno de la misma, y ejercen su derecho de control en forma indirecta, a través de un órgano profesional independiente.

Ese alejamiento de la administración de la sociedad, cuya integración está reservada para quienes tienen una participación accionaria relevante, susceptible de la formación de las mayorías en las asambleas de accionistas, justifica la limitación de la responsabilidad, y es por esa circunstancia también, que el Código Civil ha establecido idéntica responsabilidad para los asociados de las asociaciones civiles (art. 39, Cód. Civil), salvo pacto en contrario.

Es decir, que si se piensa en que el accionista de una sociedad anónima se asimila más a un inversor bursátil que a un socio de una sociedad personal, no parece admisible extender su responsabilidad por las deudas de la sociedad, más allá de sus aportes, salvo abuso de derecho (art. 10 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Sin embargo, es fenómeno reconocido en nuestro medio, que las sociedades anónimas se constituyen para cualquier emprendimiento, y que la aspiración de los legisladores de 1972, de adaptar la empresa a los moldes societarios previstos en ese ordenamiento y reservando, en consecuencia, el molde de las sociedades anónimas para las grandes empresas, no tuvo éxito alguno entre nuestros comerciantes, quienes prefieren la limitación de la responsabilidad a las complicaciones que ofrece la normativa societaria referida a las sociedades por acciones, que, tratándose de sociedades cerradas o de familia, y por las razones mencionadas, es raramente respetada. Se considera, en la actualidad, que el 99 por ciento de las sociedades anónimas que funcionan en la República Argentina, son sociedades anónimas cerradas, esto es, que no cotizan sus acciones en la Bolsa, y la mayor parte de éstas, integradas por miembros de una misma familia.

En consecuencia, si bien la limitación de la responsabilidad de los socios en las sociedades de responsabilidad limitada y en las sociedades por acciones es rasgo tipificante de las mismas, la desnaturalización de la utilización de este tipo societario en nuestro medio ha sido el origen de innumerables abusos, que ha tenido como víctimas a los terceros acreedores de la sociedad, quienes frecuentemente se ven imposibilitados de percibir sus acreencias por la insolvencia de una sociedad anónima con la cual han contratado.

Esa lamentable circunstancia, tan repetida en nuestro medio, y cuya mejor prueba lo constituye el abarrotamiento de quiebras de sociedades anónimas en nuestros tribunales, sin patrimonio alguno para liquidar, perjudica el crédito, cuya protección debe ser atendida por el legislador en forma prioritaria al respeto de un tipo societario, cuando la experiencia acumulada desde hace muchos años nos enseña que este ha sido desnaturalizado.

Estimamos pues que el derecho a la limitación de la responsabilidad tiene como contrapartida inescindible la obligación de los socios o accionistas de aportar fondos a la sociedad cuando —entre otros supuestos— la misma se encuentra impotente para la satisfacción de sus deudas. Del mismo modo, y en apoyo de la tesis que se sostiene, no parece razonable que sean los terceros quienes deben soportar las consecuencias de la insolvencia de la sociedad, pues la simple aplicación de normas de derecho común, compatibles con el orden natural de las cosas, obliga a concluir que deben ser los mismos socios quienes deben soportar las consecuencias del actuar de una sociedad que ellos mismos han constituido, haciendo uso de un instrumento legal que el legislador ha otorgado con fines eminentemente prácticos.

Las consecuencias de la desnaturalización del uso de la sociedad anónima ha llevado a la exigencia, por los acreedores, del aval o garantía personal de los administradores y accionistas de estas sociedades por las deudas de la sociedad, cuando estas son de cierta y determinada magnitud.

Consideramos que estas innegables realidades imponen una inmediata reforma a la legislación societaria, que ponga el énfasis en la protección de los terceros acreedores de la sociedad sobre los intereses de quienes la integran, consagrando para las sociedades de responsabilidad limitada y para las sociedades anónimas denominadas "sociedades cerradas" o "de familia", el principio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas debe ser respetado hasta la etapa liquidatoria, sugiriéndose en consecuencia, la modificación del art. 106, de la ley 19.550, extendiendo a dichas sociedades el derecho de los liquidadores de solicitar a los socios las contribuciones debidas a los efectos de satisfacer las obligaciones sociales, sin hacer distinciones de tipos sociales, con las únicas excepciones previstas en el párrafo precedente.

Si esta solución es consagrada en nuestro ordenamiento positivo, el síndico concursal debe cumplir con la obligación de requerir a todos los socios, cualquiera fuere el tipo social adoptado por la fallida, las contribuciones debidas a los fines de satisfacer el pasivo concursal, pues, se recuerda, la declaración de quiebra constituye causal disolutiva, a tenor de lo dispuesto por el art. 94, inc. 6º de la ley 19.550. Ello también impulsará al órgano de administración de la sociedad, cuando la misma se encuentre en lo que concursalmente se denomina como "zona de insolvencia", a proponer un aumento del capital social y requerir de los socios o accionistas nuevos desembolsos dinerarios a los fines de adecuar el capital social al nivel de gastos de la compañía, única forma de darle sentido al concepto y finalidad que cumple el capital social, fundamentalmente en las sociedades donde los socios o accionistas limitan su responsabilidad a los aportes efectuados.

Así entendidas las cosas, una cosa es segura: no existirán —ni muchísimo menos— la enorme cantidad de quiebras de sociedades insolventes, donde jamás un acreedor social recibe un solo peso, fenómeno que caracteriza a nuestros procedimientos concursales.

Podría argumentarse, finalmente y sin razón, que una propuesta como la efectuada puede desalentar la constitución de sociedades en nuestro medio y afectar el comercio en general, pero no creo que ello deba ocurrir de esa manera pues la solución que se propugna podría llevar por fin al convencimiento de que la sociedad anónima debe ser utilizada exclusivamente para grandes emprendimientos, y que la limitación de la responsabilidad, como móvil determinante de la constitución de las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada, ha llevado a los abusos que hemos descripto. Resulta necesario que, de una vez por todas se comprenda que la constitución de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada no pueden ser instrumento de fraude a terceros, gozando del beneficio de la limitación de la responsabilidad sólo aquellos que merecen tal privilegio, lo cual supone la obligación de mantener solvente a la sociedad durante la vigencia del contrato social, evitando trasladar el riesgo a los terceros ajenos a la misma, que es lo que normalmente sucede cuando la sociedad se encuentra infracapitalizada y los socios se amparan en el beneficio de la limitación de la responsabilidad para salvaguardar su patrimonio personal, por las deudas contraídas por la sociedad que integran y que, de alguna manera u otra, no han sabido conducir ni controlar.

§ 2: Una oportunidad perdida: el caso "Cereales Magdalena SRL s/ quiebra c/ Iannover R. y otros"

En este caso se planteó la viabilidad de la reclamación efectuada por el liquidador de la sociedad a los integrantes de una sociedad de responsabilidad limitada, tendiente a obtener de éstos las contribuciones necesarias para satisfacer las deudas de la entidad, fundado aquel en una cláusula del contrato social en el cual se estableció que si los fondos sociales no alcanzaren para satisfacer las deudas, el liquidador exigirá a cada socio una contribución calculada proporcionalmente a su cuota de capital.

En primera instancia, mediante resolución del Dr. Eduardo Favier Dubois (h), se hizo lugar a la demanda, entendiendo que dicha cláusula era perfectamente compatible con el tipo de sociedad de responsabilidad limitada, pues se encuentra prevista por el art. 106 de la ley 19.550, ubicado en la parte general de la ley de sociedades, y deriva de la facultad que tienen los socios en cualquier tipo social, de garantizar el pasivo de la sociedad frente a los terceros, sea por convenciones societarias o extrasocietarias. Desatenderlas —sostuvo el referido magistrado— implicaría desconocer la validez de lo expresamente pactado e iría contra los propios actos, desestimable como tal.

Argumentó asimismo el magistrado Favier Dubois que la cláusula del contrato social por medio del cual los socios pactaron que "si los fondos sociales no alcanzaren para satisfacer las deudas, el liquidador exigirá a cada socio una contribución calculada proporcionalmente a su cuota de capital", es razonable y congruente con la moderna corriente doctrinaria que procura relativizar la limitación de la responsabilidad de los socios frente a la quiebra, propugnándose, ora la modificación de la ley vigente en tal sentido, ora la responsabilidad de los socios por infracapitalización aún en el marco de la ley actual.

Apelada la resolución de primera instancia, el expediente pasó al representante del Ministerio Público ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, quien apoyó sin reservas la decisión del magistrado Favier Dubois. Sostuvo este funcionario que la referida cláusula del contrato social de la fallida, implica una ampliación de responsabilidad cuya justificación puede residir en la necesidad de facilitar la obtención del crédito y que, en el caso de autos, al ser la quiebra uno de los presupuestos de disolución y liquidación del ente, el síndico, que reúne en su persona la calidad de liquidador, está legitimado para exigir las contribuciones a los socios que se habían comprometido a hacerlo, pues la cesación de pagos y la insuficiencia del activo para afrontar el pasivo verificado torna operativa la referida cláusula del contrato social de la sociedad de responsabilidad limitada fallida. Lamentablemente, el tribunal de alzada pensaba distinto y revocó la resolución de primera instancia, rechazando la demanda del síndico concursal tendiente a obtener de los socios de la sociedad de responsabilidad fallida la dación de nuevos desembolsos para satisfacer el pasivo. Para así decidir, primó el dogma por sobre las concretas y reales circunstancias del caso, que no eran otras que la necesidad de honrar los compromisos asumidos por la sociedad con sus acreedores.

En tal sentido, la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 6 de junio de 2001 destacó la necesidad de preservar el principio de la limitación de la responsabilidad de los socios en las sociedades donde la ley 19.550 otorga este beneficio, aún cuando ello implique la traslación de los riesgos empresarios a quienes son ajenos a la sociedad deudora, y que la referida cláusula solo tiene valor interno entre los socios. Sostuvo el tribunal de alzada en tal sentido que la estipulación en análisis constituye una cláusula que opera funcionalmente ad intra, esto es, conforme la cual los socios se comprometieron entre sí, en caso de liquidación voluntaria, a satisfacer las deudas con su propio patrimonio, de modo de no desentenderse algunos en perjuicio de otros del resultado de la liquidación.

Curiosa interpretación que no se compadece de modo alguno con la redacción de la cláusula, que nada dice sobre la validez "interna" de ese pacto, y curiosa forma de interpretar el derecho de la limitación de la responsabilidad, que, para el tribunal de segunda instancia, no admite abusos en su ejercicio ni excepciones en su aplicación, aún cuando quienes lo aprovechan hubieran acordado afectar su patrimonio para saldar las deudas contraídas por una sociedad que solo ellos integraron y honrar los compromisos asumidos con terceros.

Con anterioridad a ese precedente, la sala E del mismo tribunal había resuelto, en un caso en donde se discutía la interpretación del art. 106 de la ley 19.550, que nadie podía ser obligado a responder sino en el límite que dispone la ley 19.550 y ni siquiera por equidad puede imponerse al socio de una sociedad anónima responder más allá del aporte comprometido, salvo que voluntariamente asumiera esa deuda⁽³¹⁶⁾. Más allá de lo cuestionable de estas afirmaciones, pues es obvio que la infracapitalización societaria permite superar el principio de la limitación de la responsabilidad, el tribunal dejó a salvo la posibilidad de que los beneficiarios de la limitación de la responsabilidad pudieran asumir compromisos adicionales con los acreedores sociales, obligándose a aportar nuevos fondos para cancelar esas deudas. Es precisamente lo que sucede cuando los bancos reclaman de los accionistas de una sociedad anónima el aval personal por la devolución de los créditos otorgados al ente que aquellos integran y nadie jamás ha cuestionado esa actuación ni ningún juez ha rechazado jamás la demanda del banco acreedor contra los otorgantes de tal fianza. Pero lamentablemente, y conforme a la doctrina del caso "Cereales Magdalena Sociedad de Responsabilidad Limitada", el hecho de asumir ese compromiso expresamente en el contrato social, y no en cada caso en particular, lo torna inoponible para los terceros.

ART. 107.—

Partición y distribución parcial. Si todas las obligaciones sociales estuvieren suficientemente garantizadas, podrá hacerse partición parcial.

Los accionistas que representen la décima parte del capital social en las sociedades por acciones y cualquier socio en los demás tipos, pueden requerir en esas condiciones la distribución parcial. En caso de negativa de los liquidadores la incidencia será resuelta judicialmente.

Publicidad y efectos. El acuerdo de distribución parcial se publicará en la misma forma y con los mismos efectos que el acuerdo de reducción de capital.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 83 inc. 2º, 204; ley 11.867: arts. 1 a 13. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192.LSC Uruguay: art. 177.

§ 1. Partición y distribuciones parciales

Sólo si todas las obligaciones sociales estuvieran suficientemente garantizadas el liquidador puede, ya sea espontáneamente o a requerimiento de los socios, efectuar distribuciones parciales entre ellos.

Sin embargo, tomando en consideración el tipo social de que se trate, el legislador societario ha dispuesto que en las sociedades por acciones sólo pueden petitionarlo los accionistas que representen la décima parte del capital social, y cualquier socio en las restantes sociedades, dejándose a salvo la demanda judicial en caso de negativa del liquidador a efectuar las distribuciones parciales solicitadas, acción que tramitará conforme a las pautas prescriptas por el art. 15 de la ley 19.550, esto es, a través de un juicio de pleno conocimiento.

Ofrece alguna duda cual ha sido el alcance que la ley 19.950 ha dado al concepto de "suficientemente garantizadas" a las obligaciones sociales pendientes de cumplimiento por la sociedad en liquidación. Por una parte, podría afirmarse que se trata de obligaciones que, de alguna manera, han sido garantizadas a los terceros, por medio de fianzas u otras garantías reales, pero esta manera de razonar encuentra un obstáculo en el último párrafo de la norma en análisis, pues si las obligaciones sociales pendientes de cumplimiento ya se encuentran así garantizadas, no se entiende entonces el fundamento del derecho de oposición que gozan los acreedores de la sociedad. Otra tesis sostiene que se trata de garantías personales que los socios pudiesen otorgar en beneficio de estos terceros, la cual parecería ser la opinión de Roitman, para quien nada impediría esa actuación por parte de los integrantes de la sociedad⁽³¹⁷⁾, pero ello choca con lo dispuesto por el art. 106 cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada y sociedades anónimas, pues hemos visto que el liquidador no puede exigir a los socios de estos tipos societarios, las contribuciones debidas para satisfacer el pasivo social.

Todo parecería entonces que la garantía a que se refiere la ley consiste en lo que el derogado art. 442 del Código de Comercio entendía como el depósito de la cantidad necesaria para el pago de dichas deudas, esto es, cuando existen fondos suficientes para hacer frente a las mismas.

En el último párrafo del art. 107, la ley 19.550 impone al liquidador la confección de un acuerdo de distribución parcial, que deberá publicarse en los términos del art. 2º de la ley 11.867 —cinco días en el Boletín Oficial y en uno o más diarios del lugar de la sede de la sociedad—, gozando los terceros acreedores del derecho de oposición a la efectivización de la distribución parcial, en los términos del art. 4º de la citada ley (arts. 83, inc. 2º, y 204, párr. 1º de la ley 19.550), de modo que, en caso de no ser éstos satisfechos o garantizados dentro de los 15 días a contar desde la última publicación de edictos, podrán iniciar, dentro de los 20 días las acciones judiciales para requerir medidas cautelares sobre fondos o efectos de la sociedad en liquidación.

El supuesto previsto por el art. 107 del ordenamiento societario es de difícil presentación en la práctica, y la jurisprudencia nunca se ha pronunciado en supuestos en los cuales se haya pretendido hacer aplicación de dicha norma. Ello puede acontecer por varias circunstancias: o porque el procedimiento liquidatorio de una sociedad comercial pocas veces se lleva a cabo como lo pretende el legislador, o porque, como principio general, son muy escasas las oportunidades en que los liquidadores puedan realizar distribuciones parciales entre los socios o accionistas.

ART. 108.—

Obligaciones y responsabilidades. Las obligaciones y la responsabilidad de los liquidadores se rigen por las disposiciones establecidas para los administradores, en todo cuanto no esté dispuesto en esta sección.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 271 a 279. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192.LSC Uruguay: art. 172.

§ 1. Responsabilidad del liquidador

Sin perjuicio de señalar que las funciones del liquidador son diferentes a las del administrador social, en razón de la mutación del objeto social ocurrido como consecuencia de la disolución, no debe olvidarse que el liquidador está a exclusivo cargo de la representación de la sociedad, desplazando a los administradores de la misma. Por ello, si bien con las limitaciones propias de esta etapa, debe aquel sujetar su cometido a las pautas de conducta previstas por el art. 59 de la ley 19.550, actuando con la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios y en caso contrario será responsable en forma ilimitada y solidaria con los restantes liquidadores o con la sociedad —en caso de tratarse de un liquidador único— por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión. En las sociedades por acciones rige el procedimiento dispuesto por los arts. 274 y ss., siendo competencia de la asamblea extraordinaria lo relativo a su responsabilidad, por aplicación lo dispuesto por el art. 235, inc. 4º de la ley 19.550.

ART. 109.—

Balance final y distribución. Extinguido el pasivo social, los liquidadores confeccionarán el balance final y el proyecto de distribución; reembolsarán las partes de capital y, salvo disposición en contrario del contrato, el excedente se distribuirá en proporción a la participación de cada socio en las ganancias.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 inc. 7º, 49, 63 a 66. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192.LSC Uruguay: art. 178.

ART. 110.—

Comunicación del balance y plan de partición. El balance final y el proyecto de distribución suscriptos por los liquidadores serán comunicados a los socios, quienes podrán impugnarlos en el término de 15 días. En su caso la acción judicial correspondiente se promoverá en el término de los 60 días siguientes. Se acumularán todas las impugnaciones en una causa única.

En las sociedades de responsabilidad limitada, cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2, y en las sociedades por acciones, el balance final y el proyecto de distribución suscriptos también por los síndicos, serán sometidos a la aprobación de la asamblea. Los socios o accionistas disidentes o ausentes, podrán impugnar judicialmente estas operaciones en el término fijado en el párrafo anterior computado desde la aprobación por la asamblea. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 15, 109, 160, 235. LSC Uruguay: art. 179.

ART. 111.—

Distribución: ejecución. El balance final y el proyecto de distribución aprobados se agregarán el legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio, y se procederá a su ejecución.

Destino a falta de reclamación. Los importes no reclamados dentro de los 90 días de la presentación de tales documentos en el Registro Público de Comercio, se depositarán en un banco oficial a disposición de sus titulares. Transcurridos 3 años sin ser reclamados, se atribuirán a la autoridad escolar de la jurisdicción respectiva.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 9º, 110. Resolución General IGJ nº 7/2015, art. 192.LSC Uruguay: art. 180.

§ 1. El balance final de liquidación. Presentación. Impugnación por los socios. Partición de los fondos y efectos sociales

El balance final de liquidación, cuya confección impone el art. 109 de la ley 19.550 al liquidador de una sociedad, constituye una virtual rendición de cuentas, sustancialmente diversa del balance de ejercicio, en tanto queda reducido a indicar las disponibilidades existentes, los resultados provenientes de la gestión liquidatoria y las cuentas de contrapartida patrimonial indicativas de los saldos globales a favor de los socios⁽³¹⁸⁾.

El balance final de liquidación que el liquidador de la sociedad debe presentar a los socios, debe solo registrar las siguientes cuentas, pues no debe olvidarse que este instrumento solo debe ser confeccionado cuando el activo se encuentra realizado y el pasivo también totalmente cancelado:

- a) La inexistencia de deudas de la sociedad, cuyo pasivo debe estar cancelado totalmente. No puede hablarse de balance final, en caso contrario;
- b) El producido de la enajenación y disposición de los bienes que integraban el activo;
- c) Las sumas que deben ser reembolsadas a los socios, en concepto de capital aportado oportunamente a la sociedad.
- d) Eventualmente, el excedente o cuota liquidatoria, la que se distribuirá conforme fuera establecido en el contrato social o estatuto, o, en ausencia de toda estipulación sobre el particular, en la proporción a la participación de cada socio en las ganancias.

Junto con el balance final de liquidación, deberá el liquidador presentar a los socios el proyecto de distribución del remanente, ingresándose en lo que se denomina la etapa de partición de los bienes sociales, que constituye un importante estadio del proceso liquidatorio y que ha sido definida como la adjudicación que la sociedad, a través de los liquidadores, hace a cada uno de los socios, del porcentual que les corresponda en el remanente del activo social, una vez canceladas las obligaciones sociales.

La partición integra la liquidación e implica la extinción de las relaciones jurídicas con terceros y el reparto patrimonial de los bienes remanentes, mediante su reparto a los socios, procedimiento que comienza con el reembolso del capital social a los socios, que se lleva a cabo en proporción al capital aportado o integrado por ellos, y si el remanente a repartir es inferior al capital social, su reparto deberá efectuarse de tal manera que los socios carguen con las pérdidas de manera equitativa, a prorrata del valor nominal de cada participación social⁽³¹⁹⁾.

Debe destacarse sin embargo que la ley 19.550 no contiene reglas específicas para que los socios efectúen la partición de los bienes sociales, y si bien constituye hecho habitual que la cuota liquidatoria se pague en dinero efectivo, nada impide que aquellos opten por distribuir los bienes sociales que han quedado como remanente activo, una vez que el pasivo se encuentre totalmente cancelado y sin que sea forzoso reducirlos previamente en su totalidad.

En tal sentido, tiene dicho la jurisprudencia desde antiguo, que en la partición de los bienes sociales ha de observarse lo dispuesto sobre la división de las herencias, salvo disposición en contrario y obviamente, en lo que resulte compatible⁽³²⁰⁾.

Así las cosas, resultan compatibles con el procedimiento de distribución del remanente de la liquidación societaria, las disposiciones que sobre partición de la herencia contienen los arts. 2369 y ss. del Código Civil y Comercial de la Nación, en lo que fuera compatible. Nada obsta tampoco a que los socios liciten algunos de los bienes sociales, ofreciendo tomarlos por mayor valor que el de la tasación⁽³²¹⁾, ni obstáculo legal que impida adjudicar en condominio a los socios los bienes registrables⁽³²²⁾, así como tampoco puede objetarse que un socio se adjudique, con exclusividad, la totalidad de los bienes sociales, desinteresando a los restantes.

En caso de existir bienes aportados en uso y goce, debe estarse a lo dispuesto por el art. 49 de la ley 19.550 y en consecuencia, debe asimilarse al socio aportante con cualquier tercero, disponiendo éste de acción para separar el bien aportado del patrimonio social desde que la sociedad se disuelve, sin esperar que se solventen las obligaciones asumidas por la sociedad, con la aclaración de que recibe los bienes en el estado en que se encuentren, porque el dueño sufre los deterioros ocasionados por la acción del tiempo, conforme con las normas generales⁽³²³⁾.

Por el contrario, si los bienes fueron aportados en propiedad, los socios no pueden solicitar la restitución del aporte efectuado a la sociedad, pues aquel ha pasado a integrar el fondo de comercio de la misma y pasaron a ser propiedad de ésta. Ha dicho la jurisprudencia al respecto que durante la liquidación, los socios están obligados a dejar sus aportes en el fondo social y a postergar la partición hasta la definición de todos los negocios y depuración del patrimonio. Es en ese momento cuando se desvincula a los socios, distribuyendo el remanente y proponiendo la división del haber social. Esta es la operación final: la adjudicación a los asociados de la parte que les pertenece en el sobrante del haber social, esto es, en el residuo patrimonial arrojado por la liquidación⁽³²⁴⁾. Por ello, y hasta la terminación de la etapa de partición, las aportaciones efectuadas por los socios están sujetas a las contingencias propias de la empresa a la cual están destinadas. Tal actividad pudo haber originado ganancias o pérdidas, pero pedir la restitución lisa y llana del aporte, con prescindencia de la valuación del patrimonio social a los efectos de determinar cuál es la parte que le corresponde al socio, resulta un absurdo no amparado por ninguna norma legal. Por el contrario, los arts. 92 y 109 de la ley 19.550 disponen expresamente la solución inversa⁽³²⁵⁾.

En cuanto a la aprobación del balance final de liquidación y proyecto de distribución o plan de partición, la ley establece procedimientos diferentes, según el tipo de sociedad que se trate.

Si se trata de una sociedad colectiva, de capital e industria, en comandita simple y de responsabilidad limitada (no incluida ésta en el supuesto del art. 299, inc. 2º), el art. 110 de la ley 19.550 establece que dichos instrumentos deben ser suscriptos por los liquidadores y comunicados a los socios, quienes pueden impugnarlos dentro del plazo de quince días de haber recibido aquella comunicación. Dicha impugnación debe ser realizada ante el mismo órgano de liquidación, quien podrá atender o no la objeción formulada, para lo cual la ley 19.550 no establece ni fija plazo alguno, aclarando sin embargo que dentro del plazo de sesenta días de formulada la impugnación extrajudicial sin obtener respuesta a su cuestionamiento, o rechazada la misma dentro de ese plazo, el socio debe promover la acción judicial correspondiente, acción que tramitará bajo las formas del procedimiento ordinario (art. 15 de la ley 19.550), acumulándose todas las impugnaciones efectuadas para obtener el dictado de una única sentencia.

El plazo previsto por el art. 110 del ordenamiento societario, para la promoción de la acción judicial (sesenta días computados desde la impugnación extrajudicial del balance final y plan de partición), más allá de lo discutible que resulta el procedimiento previsto por la ley, pues ese plazo debió ser común para todos los socios, constituye un caso típico de un supuesto de caducidad y no de prescripción, pues presenta todas las características que tipifican a la caducidad, esto es, necesidad de gestión o diligencia privada para adquirir un derecho y suma brevedad para la promoción de la acción judicial.

Surge de lo expuesto que la omisión de la impugnación extrajudicial, ante el mismo órgano liquidador, impide la promoción de la acción judicial tendiente a rectificar el balance final y proyecto de distribución, pues el legislador ha exigido aquella gestión como requisito previo e indispensable para el nacimiento del derecho de recurrir judicialmente en tal sentido.

Si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º de la ley 19.550, o una sociedad por acciones, el balance final y el proyecto de distribución deberán ser también firmados por el órgano de fiscalización, y sometidos a la aprobación de la asamblea de socios o accionistas. Aprobado el mismo por el órgano de gobierno de la sociedad, este acuerdo puede ser impugnado judicialmente, rigiendo lo dispuesto por los arts. 251a 254 de la ley 19.550, con las siguientes excepciones:

a) Sólo pueden promover la acción judicial de impugnación los socios o accionistas disidentes o ausentes, pero no los socios o accionistas abstenidos, aun cuando los mismos no hayan contribuido a formar mayoría en la aprobación de esos instrumentos.

b) El plazo para la promoción de la demanda impugnatoria es de sesenta días a contar de la clausura de la reunión de socios o asamblea de accionistas que hubieran aprobado el balance final y proyecto de distribución y no de tres meses, que es el término establecido por el legislador para impugnar cualquier resolución asamblearia (art. 251 de la ley 19.550).

§ 2. Registración y ejecución del balance final y proyecto de distribución

Aprobados implícita o explícitamente los documentos referidos, según el tipo de sociedad de que se trate, y definida cualquier contienda judicial suscitada en torno al proyecto de distribución, los liquidadores deberán agregarlos al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio y proceder a su ejecución, esto es, abonar a cada uno de los socios la cuota liquidatoria, entendiendo por tal el excedente —en bienes o en dinero efectivo— que pudiera resultar luego de la venta de los bienes del activo y la cancelación total del pasivo.

Repárese que la ley 19.550 no habla de "inscripción" de tales documentos, sino sólo de agregación de los mismos al legajo de la sociedad, por lo que no corresponde ejercer sobre ellos el control de legalidad impuesto por el art. 6º de la ley referida, ni impone tampoco publicidad complementaria.

La ejecución del proyecto de distribución, como se ha visto, implica la distribución del excedente o cuota liquidatoria entre los socios o accionistas, en proporción a la participación de cada socio en las ganancias, salvo distribución diferente pactada en el contrato social o estatuto.

Los liquidadores, en consecuencia, deberán abonar a los socios su cuota liquidatoria, en dinero efectivo o en bienes, cuando así hubiera sido convenido, procediendo los liquidadores a inscribir el acto de transmisión de dominio cuando se hubiesen adjudicado a alguno de los socios bienes de naturaleza registrable. Si se tratara de dinero en efectivo, los socios cuentan con un plazo de tres años para percibir de los liquidadores el importe de su cuota liquidatoria y que se computan desde la agregación del balance final y plan de partición en el Registro Público de Comercio, pero el art. 111 de la ley 19.550, autoriza a los liquidadores a depositar los importes no reclamados dentro de los noventa días de esa fecha en un banco oficial, a disposición de sus titulares, a los fines de deslindar su responsabilidad.

Transcurridos tres años sin ser reclamados, los importes correspondientes a la cuota liquidatoria de los socios se atribuirán a la autoridad escolar de la jurisdicción respectiva.

ART. 112.—

Cancelación de la inscripción. Terminada la liquidación se cancelará la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio.

Conservación de libros y papeles. En defecto de acuerdo de los socios el juez de registro decidirá quién conservará los libros y demás documentos sociales.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 2; Código de Com.: art. 67. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, arts. 192, 193 y 325. LSC Uruguay: arts. 181, 183.

§ 1. Cancelación de la inscripción del contrato social o estatuto

La cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Público de Comercio, prevista por el art. 112 de la ley 19.550, constituye el último acto del proceso de liquidación y determina la extinción de la sociedad como contrato y sujeto de derecho.

Sin embargo, puede suceder que algún acreedor, omitido su pago en el proceso liquidatorio, pretenda la percepción de su crédito, una vez cancelada la inscripción de la sociedad, en los términos del art. 112 del ordenamiento legal

societario. Se plantea en doctrina⁽³²⁶⁾ si esta hipótesis puede reabrir el proceso liquidatorio, interrogante que debe ser contestado en sentido afirmativo, toda vez que:

a) La existencia de deudas de una persona jurídica presupone su existencia como sujeto de derecho, pues como es sabido, el patrimonio de la sociedad (aun cuando el mismo esté integrado por débitos) es atributo de su personalidad ideal.

b) La inscripción de la cancelación de la sociedad, en los términos del art. 112 de la ley 19.550 nunca puede ser considerado un medio de extinción de obligaciones, los cuales están taxativamente enumerados por el Código Civil y Comercial de la Nación y si bien no se ha presentado aún el caso en los tribunales ni la autoridad de control registra algún antecedente que ilustre sobre la reapertura de la cancelación de la sociedad en el Registro Público, el tema mereció la atención del XI Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en la ciudad de Bariloche, en el año 1999, donde se arribó a la conclusión de que la cancelación registral de las sociedades comerciales tiene efecto meramente declarativo y que no sana los vicios que pudieran haber existido en el proceso liquidatorio de la sociedad, confirmando esa registración el carácter de presunción iuris tantum de la extinción definitiva de dichas sociedades comerciales como sujetos de derecho.

c) Se sostuvo también en dicho evento académico, en conclusiones que compartimos que la sociedad cuya cancelación registral se ha operado, conserva una personalidad jurídica residual limitada exclusivamente a los efectos de realizar los activos remanentes o cancelar los pasivos subsistentes en el caso de que ambos se conocieran recién con posterioridad a la mencionada inscripción de la cancelación.

d) Pero en todos los casos, la reapertura del proceso liquidatorio solo será procedente en caso de existir un interés legítimo de los socios o de terceros, y el requerimiento deberá canalizarse necesariamente por vía judicial.

En consecuencia, la aparición de un nuevo acreedor lleva implícita la nulidad del balance final de liquidación y del proyecto de distribución, que deben ser necesariamente rectificados, reabriéndose necesariamente el proceso de cancelación registral⁽³²⁷⁾. Si se tratare de una sociedad en la cual los socios responden en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales, es obligación de quien fue liquidador (el cual reasume automáticamente su cargo ante dicha circunstancia) exigir de los socios las contribuciones debidas para la satisfacción del crédito de quien se presenta como acreedor (art. 106 de la ley 19.550). Por el contrario, si se tratare de una sociedad de responsabilidad limitada o sociedad por acciones (con excepción de los socios comanditados en las sociedades en comandita por acciones, quienes responderán conforme a lo dispuesto por el art. 106), deberá diferenciarse entre quienes han percibido la cuota liquidatoria de buena o de mala fe, haciendo aplicación analógica de lo dispuesto por los arts. 224 y 225 de la ley 19.550.

Si se tratare de socios o accionistas que, de buena fe, han percibido su cuota liquidatoria, la misma no es repetible, pero de ello no se deriva perjuicio para el acreedor omitido, pues los liquidadores y el síndico, en forma solidaria e ilimitada, deberán responder frente al mismo, por la totalidad del crédito reclamado⁽³²⁸⁾.

§ 2. La cancelación de la inscripción de la sociedad por inactividad

Mediante el art. 193 de la resolución general IGJ 7/2015, que abreva de las "Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia" (resolución general IGJ 7/2005, la autoridad de control ha receptado legislativamente un supuesto de frecuente aplicación en la práctica cotidiana: el caso de las sociedades comerciales que se constituían sin realizar jamás un acto tendiente al cumplimiento del objeto social, fenómeno producido, a título de ejemplo, por la falta de voluntad de los socios de iniciar la actividad empresarial, por rencillas entre ellos o por haberse constituido el ente a los fines de participar en una licitación, sin haber logrado luego éxito.

Sucedía entonces que, ante supuestos como los mencionados, el administrador se presentaba a la Inspección General de Justicia a los fines de requerir la cancelación de su inscripción registral, a lo cual la autoridad de control requería la presentación de los estados contables previstos por los arts. 103 y 109 de la ley 19.550, exigencia de imposible cumplimiento, en tanto dicha entidad ni siquiera había requerido la rubricación de sus libros de comercio. Ante ese panorama, y para facilitar la cancelación de la matrícula de esas compañías, el art. 186 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia —resolución general 7/2005— dispuso un procedimiento por el cual se autoriza la cancelación de la matrícula de aquellas sociedades inscriptas que lo soliciten dentro de los cinco años de su inscripción en el Registro Público y que no hayan efectuado ningún otro trámite registral ni presentado a la autoridad sus estados

contables, ni tampoco hayan cumplido inscripción y/o presentación de ninguna especie a los fines de ningún régimen tributario o de contribuciones a la seguridad social que pudiere serles aplicable ni, en general, hayan invocado y/o hecho valer las estipulaciones del contrato social a ningún efecto o efectuado presentaciones de ningún tipo a las que puedan atribuirse tales alances.

La presentación ante la autoridad de control debe hacerse por parte del órgano de representación de la sociedad, acompañando, entre otros documentos, una declaración jurada de los otorgantes de que, desde la fecha de inscripción de su constitución en el Registro Público, la sociedad se mantuvo ininterrumpidamente encuadrada en las condiciones negativas antes mencionadas, que no realizó operación alguna, que los aportes fueron efectivamente restituidos a sus socios, que la sociedad no es titular de bienes registrables ni pesa contra ella ni contra sus socios, por su condición de tales, ninguna acción judicial.

Del mismo modo, se requiere la asunción expresa, por los otorgantes de la sociedad, de la responsabilidad ilimitada y solidaria, con renuncia, respecto de los socios, de invocar el régimen de responsabilidad y en su caso, el beneficio de excusión, correspondiente al tipo social adoptado, por las eventuales obligaciones que pudieran haber sido contraídas por cualquiera de aquellos, aún en violación al régimen de administración y representación establecidos legal y/o contractualmente.

A este procedimiento de cancelación simplificado podrán también comparecer los herederos de los socios, en cuyo caso deberá agregarse copia certificada de la declaratoria de herederos o del testamento aprobado, u obrar su transcripción en escritura pública.

Finalmente, se estableció en dicha normativa que la referida cancelación prevista en el art. 193 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia, no puede efectuarse respecto de sociedades que sean titulares de bienes registrables (art. 194 resolución general IGJ 7/2015).

§ 3. Conservación de los libros y documentación social y contable

La segunda parte del art. 112 de la ley 19.550 se refiere a la conservación de los libros y documentación de la sociedad, que estará a cargo de quien designen los socios, o en su defecto, de quien decida la autoridad de control, obligación que persiste hasta diez años después de la fecha de cancelación de la inscripción del contrato social (art. 328 del Código Civil y Comercial de la Nación). Debe recordarse que el transcurso de dicho término no quita fuerza probatoria a los libros de comercio, sino que extinguido dicho plazo, la sociedad no puede ser compelido a exhibirlos, pero si fueran presentados en juicio, tanto espontáneamente como a pedido de la parte contraria, conservarán todo su valor probatorio, pues su eficacia demostrativa no se afecta por el tiempo transcurrido⁽³²⁹⁾.

SECCIÓN XIV - DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

ART. 113.—

Procedencia. Cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que la pongan en peligro grave, procederá la intervención judicial como medida cautelar con los recaudos establecidos en esta sección, sin perjuicio de aplicar las normas específicas para los distintos tipos de sociedad.

CONCORDANCIAS: de la ley 19.550: arts. 15, 59, 114, 129, 157, 303; Código Procesal: arts. 222 a 227; ley 21.839: arts. 7º, 15, 16. De la ley 19.550 Uruguay: art. 184.

ART. 114.—

Requisitos y prueba. El peticionante acreditará su condición de socio, la existencia del peligro y su gravedad, que agotó los recursos acordados por el contrato social y se promovió acción de remoción.

Criterio restrictivo. El juez apreciará la procedencia de la intervención con criterio restrictivo.

CONCORDANCIAS: De la ley 19.550: arts. 25, 59, 160, 234; Código Procesal: arts. 222 a 227. De la ley 19.550 Uruguay: art. 185.

§ 1. Definición, características y requisitos de la intervención judicial de sociedades comerciales

La intervención judicial de sociedades comerciales es una típica medida cautelar societaria, prevista por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550 a los efectos de evitar que mientras se sustancia la acción de remoción de los administradores a quienes se ha imputado la comisión u omisión de actos perjudiciales al interés de la sociedad, puedan aquéllos continuar ejerciendo libremente la administración de la misma.

Constituye la intervención judicial un remedio que el legislador brinda a los socios en defensa del funcionamiento de la sociedad y del patrimonio societario administrado, cuando ha sido suficientemente acreditado que él o los administradores han realizado actos o incurrido en omisiones que pongan a la entidad en peligro grave (art. 113 de la ley 19.550). Con otras palabras, la intervención judicial se orienta a salvaguardar la vida de la sociedad y a evitar que los hechos que la fundan puedan adquirir con el transcurso del tiempo, potencialidad tal como para provocar perjuicios irreparables o conducir directamente a la liquidación del ente.

Como la medida cautelar que estamos analizando constituye, en mayor o menor medida, una injerencia en la vida de la sociedad, que puede incluso llegar, según la gravedad de los hechos denunciados, al total desplazamiento de todos los integrantes del órgano de administración de una sociedad comercial, la intervención judicial ha sido siempre apreciada con mucha cautela, pues por lo general, la actuación de un funcionario judicial en la administración y representación de una sociedad, provoca el alejamiento por parte de los terceros que se han vinculado comercialmente con ella o una reticencia manifiesta a realizar nuevas operaciones, cuyas consecuencias son muy fáciles de advertir cuando se repara en el estado de resultado del ejercicio económico en el cual el interventor o coadministrador judicial ha participado.

Ello sin embargo no impide sostener que la intervención judicial constituye una herramienta legal de suma utilidad para lograr el alejamiento parcial del administrador o de los administradores arbitrarios o deshonestos, que manejan el patrimonio social como si fuera propio o actúan con total desconocimiento de los derechos de los socios minoritarios y si bien quienes reclaman el dictado de esta medida judicial, conocen muy bien las alteraciones que ella produce en el desenvolvimiento de la sociedad, generalmente optan por este camino luego de transitar infructuosamente todas las vías internas previstas por la ley 19.550 para intentar superar ese conflicto, presentándose, esta figura, como una especie de ultima medida para poner fin a un estado de cosas que se presenta como ilegítima y antisocietaria.

§ 2. El régimen anterior a la ley 19.550

En las disposiciones del Código de Comercio no se encontraban normas específicas, ni disposiciones concretas, que configuraran el instituto, ni que admitieran el régimen de intervención judicial en las sociedades comerciales. Sin embargo, en doctrina y jurisprudencia, se sostuvo la posibilidad que, por decisión judicial, se procediera a decretar la sustitución del órgano de administración de la sociedad mediante la aplicación de normas de derecho común, pero siendo su interpretación sumamente restrictiva, ya que se efectuaba por extensión de un conjunto de normas, aplicables supletoriamente⁽³³⁰⁾.

Señala Carlos Odriozola⁽³³¹⁾ que en el régimen anterior a la actual Ley de Sociedades Comerciales, se presentaban en materia de intervención judicial, dos puntos de partida perfectamente diferenciados, que devinieron en dos caminos que la doctrina y jurisprudencia perfilaron con precisión:

a) Aquellas sociedades en las que, a semejanza del régimen del Código Civil, era necesaria la justa causa para fundamentar la remoción del socio administrador designado en el contrato social (art. 409, Código de Comercio) y,

b) Aquellas otras en que expresamente se preveía la remoción sin causa, o ad nutum —como se dice en tribunales— del administrador social (caso de las sociedades de responsabilidad limitada —art. 13 de la ley 11.645— y

de las sociedades anónimas —art. 336, Código de Comercio—) y de todas las demás en las que el administrador no revestía las dos condiciones indicadas de ser socio y designado en el contrato social).

De esta manera se consideró viable la aceptación de la medida solicitada cuando se exigía justa causa para la remoción del administrador, y se rechazó —generalmente— cuando por voluntad de los socios podía sustituirse.

Dos fueron los fallos que, en ese sentido, siempre ha recogido la doctrina como clásicos en la materia. El primero de ellos fue dictado en plenario por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, en autos "Uman, Simón c/ Seglin, Gregorio y otros", del 26 de noviembre de 1948 centrándose la justificación de la medida en la defensa de la integración del patrimonio social, efectuando una caracterizada distinción entre diversos regímenes de intervención que son dispuestos para sustituir al administrador de la sociedad, para vigilar, o en su caso coadministrar, o finalmente para dar cumplimiento a funciones determinadas. En dicho precedente se formularon algunas observaciones accesorias referentes a la competencia de la asamblea para remover a los administradores en el caso de las sociedades anónimas y la improcedencia de la medida sin haber acreditado la imposibilidad de aplicar el art. 13 de la ley 11.645, para el caso de las sociedades de responsabilidad limitada⁽³³²⁾.

El segundo fallo es el pronunciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos caratulados "Feune de Colombí, D. c/ La Esmeralda SA", dictado el 25 de abril de 1958, donde se encontraba cuestionada una emisión de acciones y quienes la impugnaban pretendían la intervención judicial de la sociedad emisora. Mediaba en el caso una previa descalificación de la legalidad de esa emisión por un decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Recuerda Anaya⁽³³³⁾ que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a través de su inolvidable sala B, por entonces integrada por los reconocidos juristas Isaac Halperin, Alejandro Vázquez y Carlos Juan Zavala Rodríguez, dispuso la suspensión de la emisión de las acciones impugnada, pero revocó la decisión de designar un administrador judicial dispuesta en primera instancia, resolviendo finalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que la revocada intervención judicial resultaba procedente, admitiéndose expresamente la aplicación del art. 1684 del Código Civil a una sociedad anónima, ante el cuestionamiento de la constitución y funcionamiento de una asamblea por impugnación de la validez de los títulos que invocaban parte de sus componentes⁽³³⁴⁾.

En esta etapa, esto es, a mitad de la década del 50, y previa a la sanción de la ley 19.550, sólo ocasionalmente fueron admitidas las medidas de intervención judicial en sociedades comerciales y con un carácter de restricción marcadamente pronunciado, viabilizando la solicitud ante la existencia no ya de peligro, sino de un verdadero daño o perjuicio ocasionado efectivamente a la sociedad.

§ 3. La intervención judicial en la ley 19.550 y en el Código Procesal

Recogiendo entonces la vasta experiencia judicial, y los importantes antecedentes doctrinarios sobre el tema durante la vigencia del Código de Comercio, la ley 19.550 ha previsto expresamente esta medida cautelar, pero circunscribiéndola aparentemente al supuesto de mala administración del ente, como complementaria de la acción de remoción y tutelando solo los derechos de los socios hasta que recaiga en dicho litigio la correspondiente sentencia definitiva. Es decir, que para el legislador de 1972, la intervención judicial no es una acción judicial autónoma ni sus efectos pueden ser extendidos sine die. Al respecto ha dicho la jurisprudencia que la intervención judicial tiene como primordial objetivo remediar las causas que motivaron la misma y lograr el reordenamiento y regularización de la actividad societaria⁽³³⁵⁾.

Debe repararse que la ley 19.550 no es el único cuerpo legal que regula la intervención judicial, sino que también lo hace en Código Procesal, en especial luego del dictado de la ley 22.434, que contempló en el ordenamiento de rito todo lo referido a esta medida cautelar, no solo en los entes colectivos, sino también para dar noticia al magistrado sobre los bienes objeto del pleito (figura denominada "interventor informante"), o para embargar fondos cuando se trata de un establecimiento mercantil o un emprendimiento con ingreso de dinero diario ("interventor recaudador") y si bien las normas de la ley 19.550 pueden colisionar en algún punto con las normas de la Sección 4 del Capítulo III del Código Procesal —donde se legisla a esta medida precautoria—, la doctrina y la jurisprudencia han compatibilizado ambos cuerpos legales, destacando que mientras a las referidas normas procesales pueden echar mano no solo los socios sino también los terceros, cuando se trata, por el contrario, de la aplicación de la normativa prevista por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550, ellos solo pueden ser invocados por los socios y previo el cumplimiento de los requisitos allí previstos.

Ante la posibilidad cierta de existir un conflicto entre las normas que sobre la intervención judicial han previsto la ley 19.550 y el ordenamiento procesal, la jurisprudencia ha resuelto la preeminencia de la legislación societaria, mas no

descartada la aplicación de la normativa procesal⁽³³⁶⁾. Tales consideraciones han llevado al tribunal a prescindir de la promoción de la acción de remoción de los administradores y del peligro grave para la sociedad, derivados de actos u omisiones de aquellos, recaudos que no se estimaron determinantes cuando lo que se perseguía era controlar la marcha de la sociedad, a fin de preservar los derechos sociales del afectado, restringidos por la negativa permitirle su ejercicio⁽³³⁷⁾.

Analizaremos a continuación cada uno de los requisitos previstos por la ley 19.550 y por el Código Procesal.

§ 4. Los requisitos de procedencia previstos por la ley 19.550

Los arts. 113 y 114 de la ley 19.550 condicionan la procedencia de la intervención judicial a los siguientes requisitos:

- a) La acreditación de la calidad del socio del peticionante.
- b) La demostración de la existencia del peligro y su gravedad.
- c) La promoción previa o contemporánea, pero jamás posterior, de la acción social de remoción de los administradores.
- d) El agotamiento de los recursos previos previstos en el contrato social.

4.1. La acreditación de la calidad de socio del peticionante

Dispone el primer párrafo del art. 114 de la ley 19.550 que el peticionante de la intervención judicial deberá acreditar su condición de socio.

Como se observa, la ley 19.550 ha limitado la legitimación activa de todo pedido de intervención judicial a los socios o accionistas de la sociedad que éstos integran.

Tal era el criterio que primaba allá por el año 1972, cuando se sancionó la ley 19.550, que, como hemos visto, receptó la nutrida jurisprudencia dictada durante la vigencia del Código de Comercio, que se exhibió como sumamente estricta en el otorgamiento de la intervención judicial de la sociedad, la cual fue siempre considerada como una medida de excepción, habida cuenta que ella implicaba una intromisión o interferencia en los negocios de la compañía, que podía ocasionar a ésta mayores daños de los que se procuraba evitar. Ello explica que toda la legislación dedicada a la intervención judicial por la ley 19.550 peca de sumamente restrictiva y limitada, desde la legitimación activa, los supuestos que la autorizan, la imposición de un criterio restrictivo de juzgamiento al magistrado interviniente, hasta la posibilidad de intervenir solo el órgano de administración, lo cual constituyen todos criterios que han quedado totalmente superados con el paso de los años y que ameritan una inmediata reforma sustancial, en tanto el universal fenómeno de concentración societaria o la utilización de sociedades con fines simulados, entre otras hipótesis, demostraron que las normas de la ley 19.550, resultan totalmente insuficientes para lograr el resultado esperado, esto es, salvaguardar la vida de la sociedad y evitar que los hechos que la fundan puedan adquirir, con el transcurso del tiempo, potencialidad tal como para provocar perjuicios irreparables⁽³³⁸⁾.

La posibilidad de que los terceros puedan solicitar la intervención judicial de una sociedad, no solo para los supuestos previstos en el Código Procesal (recaudación o información sobre el estado de los bienes o actividad objeto del juicio), sino ante los mismos supuestos de procedencia previstos por la ley 19.550 (existencia de peligro grave para la sociedad por la actuación de sus órganos), constituye una realidad incontrastable que debe ser aceptada, como en alguna oportunidad lo ha hecho la jurisprudencia de nuestros tribunales, admitiéndose la posibilidad de que pueda ser intervenida una sociedad ajena a la cual participa el peticionante, en caso de comprobadas actuaciones de abuso de control o de "trasvasamiento de sociedades", el cual —como se sabe— constituye un habitual mecanismo al cual recurren los socios o accionistas controlantes de una compañía en conflicto, transfiriendo los fondos y efectos sociales a otra empresa del grupo, existente o constituida a ese efecto, pero en la cual el peticionante de la medida no participa, dejando

vacía de contenido y actividad a la primera compañía⁽³³⁹⁾. Parece evidente concluir que ante tal cuadro de situación, el socio o accionista perjudicado tiene derecho a adoptar medidas concretas contra una sociedad que, integrada por sus consocios o parte del mismo grupo societario, está "vaciando" de actividad e ingresos a la compañía a la cual integra.

La acreditación de socio del peticionante de la medida debe efectuarse mediante las reglas del tipo societario de que se trate, esto es, exhibición del contrato de sociedad y los contratos mediante los cuales adquirieron el carácter de socios en el caso de las sociedades por parte de interés y en las sociedades de responsabilidad limitada y, en la medida de lo posible, aunque no imprescindible, mediante la exhibición de los títulos accionarios en las sociedades por acciones.

No es necesaria la inscripción en el Registro Público de Comercio del convenio de adquisición de cuotas sociales para acreditar la legitimación del integrante de una sociedad de responsabilidad limitada para pedir la intervención judicial, sino que basta su exhibición, en la medida que se trate de un documento auténtico, y lo mismo sucede con el cesionario de acciones de una sociedad anónima, el cual debe acompañar el mismo, con firma certificada notarialmente⁽³⁴⁰⁾, sin resultar necesario discriminar la cantidad de acciones que es titular⁽³⁴¹⁾, porque la ley 19.550 no requiere determinado porcentaje accionario para demandar judicialmente la remoción de un administrador.

Habida cuenta del fenómeno que, en la actualidad, las sociedades anónimas, cuando se trata de entidades cerradas o de familia, no emiten sus títulos accionarios, la doctrina y la jurisprudencia ha flexibilizado enormemente la necesidad de acompañar los títulos accionarios al momento de iniciar una demanda societaria y sus medidas cautelares específicas, pues como alguna vez sostuvo Anaya, la calidad de accionista no se adquiere con la entrega de las acciones adquiridas por éste, sino desde el momento en que las ha suscripto, lo que acontece en el acto mismo de constitución de la sociedad. Lo contrario implicaría tanto como poner en manos del directorio, como órgano encargado de la emisión de las acciones, el momento en que se produce la calidad de accionista por parte de los integrantes de la compañía, lo cual es insostenible.

Siguiendo estas pautas, la jurisprudencia ha admitido que la presentación de un convenio en el cual la sociedad demandada admitió la calidad de socio del peticionante de la intervención, con una determinada tenencia accionaria, así como las constancias de un expediente judicial del que surge que la actora ostentó su posición de socia en una asamblea celebrada en la entidad demandada y que se respaldó en las registraciones del libro de depósito de acciones, constituyen suficientes indicios para tener por demostrada la cuestionada calidad de socio, así como el cumplimiento de los recaudos previstos por los arts. 114 y 215 de la ley 19.550⁽³⁴²⁾. Nuestros tribunales han admitido asimismo, como suficiente prueba de la calidad de socios, las cartas documento o cualquier notificación fehaciente de donde surge que la sociedad le ha reconocido al peticionante la calidad de tal, pero por el contrario, ha sido resuelto que no resulta suficiente a los mencionados fines, acompañar una copia simple de las acciones, sin ofrecer ninguna otra prueba corroborativa⁽³⁴³⁾.

Una cuestión que se presenta con suma frecuencia en nuestros tribunales lo constituye la promoción de acciones de remoción de administradores, con pedido de intervención judicial como medida cautelar de aquellas, por parte de los herederos del socio fallecido, lo cual ha sido admitido por la jurisprudencia cuando no existe cuestionamiento de la calidad de tales por parte de las autoridades de la sociedad, siendo conocido por todos la inclusión en el acervo hereditario del causante de la participación accionaria de titularidad del mismo⁽³⁴⁴⁾.

4.1.1. Legitimación del órgano de administración y la sindicatura para requerir la intervención judicial

La ley 19.550 no admite la petición de la intervención judicial por parte de un administrador, tratándose de un órgano plural, ni de la sindicatura o consejo de vigilancia, aún cuando éste órgano tiene a su cargo el control interno del ente.

Es inverosímil que, tratándose de un directorio pluripersonal o una gerencia plural, quien participa de estos órganos y toma conocimiento de que, por actos u omisiones de los restantes integrantes del mismo, la sociedad se encuentra en un peligro grave, carezca de toda posibilidad de requerir la intervención judicial del ente —en cualquiera de sus grados—, salvo que reúna la calidad de socio, en cuyo caso, y cualquiera fuere su participación accionaria, podrá echar mano del recurso previsto por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550.

Basta imaginar la situación en que se encuentra un director de una sociedad anónima que toma conocimiento que el directorio de la entidad que integra, realiza determinados actos en perjuicio de la sociedad, como por ejemplo, la transferencia de bienes sociales a otras empresas del grupo, o la disposición de fondos o efectos de la sociedad en provecho de los restantes integrantes del órgano de administración. Podrá sostenerse que el cometido del administrador o director disidente concluye cuando ponga en conocimiento de la asamblea o reunión de socios dichas irregularidades, pero ello no es así, porque: a) El art. 236 de la ley 19.550 no lo legitima para pedir la convocatoria judicial o administrativa a asamblea de socios y b) Porque aún cuando ninguno de los socios adoptase medida alguna en defensa del interés social, ello no significa que el consentimiento de todos los integrantes de la sociedad autorice la manipulación del patrimonio de la compañía en contra del interés social, habida cuenta los derechos de los terceros y la garantía que, para la defensa de éstos supone la consistencia del capital social.

En cuanto a la legitimación de la sindicatura para requerir la intervención judicial, mucho se ha discutido si el síndico puede solicitar la intervención judicial en aquellas sociedades en las cuales la sindicatura se encuentre a cargo de la fiscalización de la sociedad, en forma obligatoria u optativa. Al respecto se ha afirmado, negándole legitimación activa, que ese funcionario sólo puede vigilar que los órganos sociales den acabado cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias o las decisiones asamblearias correspondientes, e incluso efectuar denuncias ante el órgano de control en los términos de los arts. 299, 301 y concordantes de la ley 19.550, pero no existe norma alguna que autorice a presumir facultades del órgano de control interno para pedir la medida cautelar prevista por los arts. 113 y ss. del ordenamiento societario vigente⁽³⁴⁵⁾.

Tampoco coincidimos con esta conclusión, por varias razones:

a) Por cuanto, al ser la intervención judicial medida precautoria accesoria a la acción de remoción de los administradores, parece evidente que todos aquellos que se encuentran legitimados para promover esta acción de fondo, pueden solicitar la intervención judicial como cautelar de esta. Pues bien, el art. 265 de la ley 19.550 autoriza al síndico a solicitar la remoción judicial de cualquier director que hubiese incurrido en las prohibiciones e incompatibilidades previstas por el art. 264 de la ley 19.550 y por otro lado, estando la sociedad en la etapa liquidatoria, el art. 102 autoriza al síndico a solicitar la remoción de los liquidadores mediando justa causa, por lo que, malgrado el silencio del art. 114 sobre la legitimación de la sindicatura, es evidente que el órgano de control, al menos en esta etapa, puede requerir la designación de un interventor judicial, en cualquiera de sus grados.

b) Que si la función primordial de la sindicatura es la vigilancia para que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias, debiendo impugnar los acuerdos sociales cuando los mismos no se encuentran ajustados a esos cuerpos normativos (art. 251 de la ley 19.550), mal podría dicho funcionario cumplir con sus funciones si sus obligaciones concluyen con sólo asentar su protesta en el caso de que los administradores, violando la ley, estatuto o reglamento, pusieran a la sociedad en peligro grave. Creemos, por el contrario, que el síndico, frente a tal supuesto, y ante la inactividad o complicidad de los accionistas, debe promover la acción de remoción de los administradores, echando mano a la figura de la intervención judicial como medida cautelar, cuando correspondiera, pues como custodio de la legalidad del funcionamiento de todos los órganos sociales, no le cabe otro camino, para cumplir adecuadamente con sus responsabilidades.

c) Tampoco debe olvidarse que el síndico, conforme reiterada y pacífica doctrina, está obligado a impugnar las decisiones sociales que colisionen a la ley, estatuto o reglamento, por lo que, si constatadas irregularidades en la administración de la sociedad, no puede obtener una decisión favorable de los socios que disponga la remoción de los administradores que incurrieran en tales conductas, debe proceder de inmediato a impugnar de nulidad ese acuerdo, pues jamás puede, quien por ley tiene la obligación de custodiar la legalidad en el funcionamiento de una sociedad, sentirse vinculado u obligado por una decisión asamblearia carente de toda validez.

d) A mayor abundamiento, repárese que el art. 297 de la ley 19.550, responsabiliza al síndico, en forma solidaria con los directores, por los hechos y omisiones de estos, cuando el daño no se hubiera producido si hubiera actuado de conformidad con lo establecido en la ley, estatuto, reglamento o decisiones asamblearias. De ello se deriva que frente a la existencia de daños concretos sufridos por la sociedad por el actuar doloso o negligente de los directores, debe el síndico necesariamente adoptar las medidas del caso para hacer cesar este estado de cosas, y frente a la inactividad, pasividad o complicidad de la asamblea, no le queda otro camino que la acción de remoción de los mismos, con las cautelares correspondientes, para dejar a salvo su responsabilidad.

Sin perjuicio de que la ley 19.550 no admite la legitimación del órgano de control interno para requerir la intervención judicial, debe recordarse que en casos excepcionales, la jurisprudencia ha admitido la legitimación del síndico para solicitar esta medida cautelar frente a determinados supuestos de extrema gravedad, como por ejemplo, como aconteció en el precedente "Arróniz Juan Manuel c/ Alcázar Sociedad Anónima", dictado por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 22 de junio de 1981, en caso de vacancia total en la administración de la sociedad y cuando el órgano de gobierno no hubiese podido adoptar decisiones al respecto para corregir esa anomalía, sea por desinterés, por existir grupos antagónicos en el seno del mismo, que impidan adoptar resoluciones válidas o por ser los administradores los mismos accionistas de la sociedad y encontrarse aquellos en imposibilidad de actuar por ausencia, incapacidad, fallecimiento, etcétera. En dichos casos, no podría cuestionarse la facultad del síndico o consejo de vigilancia para solicitar la intervención judicial, aunque más no sea al sólo efecto de solicitar la disolución y posterior liquidación de la sociedad intervenida, pues si bien la ley 19.550, en su art. 114 no incluye a ese funcionario como sujeto legitimado para solicitar la intervención judicial, el art. 258 de la citada ley parecería admitirlo, cuando lo faculta para nombrar los administradores en caso de vacancia, derecho que se impone como ínsito en su atribución de defender y representar a los accionistas y como órgano de contralor de la administración⁽³⁴⁶⁾.

Todo parecería indicar que el interés social es el interés común de los socios en ajustar su actuación al funcionamiento legal y estatutario de la sociedad, y adecuar su actuación a los fines de lograr el cumplimiento del objeto social y de esa manera, participar de los beneficios obtenidos, intentando en todo momento lograr una mejor rentabilidad.

No parecería adecuado circunscribir el concepto de interés social al mejoramiento permanente del patrimonio social o a la mayor obtención de ganancias, lograda de cualquier manera, pues si se trata de una actuación empresarial llevada a cabo en sociedad, todos sus integrantes deben tener en ella un ámbito adecuado para ejercer sin dificultades sus derechos societarios, pues el otorgamiento del control societario a quien tenga la mayoría del capital de la sociedad no le otorga un bill de indemnidad para hacer lo que se le antoja ni someter a los socios minoritarios a cualquier destrato.

Es pues evidente que dentro del concepto del interés social está inescindiblemente comprometido el ejercicio pleno de los derechos de todos los integrantes de la sociedad y el normal funcionamiento de los órganos societarios, y así lo ha reconocido la jurisprudencia, resolviéndose en este sentido que la omisión de requisitos esenciales en la celebración de los actos societarios o la violación de derechos fundamentales consagrados en beneficio de todos los integrantes de la sociedad afectan al interés social y por lo tanto, a la sociedad misma, que no es otra cosa que un instrumento para que quienes la integran, con pleno respeto de los derechos de todos, puedan lograr el fin económico que tuvieron cuando constituyeron el ente. Han dicho también nuestros tribunales que es de importancia fundamental, dentro del régimen societario, la defensa de los intereses individuales de los socios (información, deliberación, voto, elección de directores y síndicos, posibilidad de acceder a la dirección de la sociedad, negociabilidad de las acciones, percepción de dividendos, ejercicio del derecho de suscripción preferente etc.), y ello no implica que deba adoptarse una postura que vaya en contra de los derechos de la sociedad, sino que, por el contrario, al proteger los derechos de las personas físicas que la componen, se protege también a la sociedad, y por lo tanto, cuando velamos por el respeto de los procedimientos, defendemos la estabilidad de las decisiones de los órganos societarios, la seguridad de las relaciones jurídicas y de tal modo preservamos los derechos de la sociedad en su integridad⁽³⁸³⁾.

Partiendo pues de esta base, la artificial y no menos dogmática clasificación efectuada por la jurisprudencia entre el interés societario y el interés particular de los peticionarios, queda totalmente desdibujado y a lo sumo, ante el pedido de un socio o accionista, de obtener el desplazamiento del órgano de administración de la sociedad, al haber sido desconocidos sus más elementales derechos, el juez podrá disponer de otra medida adecuada para cautelar los intereses de aquel (la designación de un administrador judicial), pero jamás podrá denegar la medida cautelar en análisis, bajo el argumento de que el interés particular del socio debe subordinarse al interés social, diferencias y subordinaciones que el ordenamiento legal no ha previsto en ninguno de los capítulos en que se divide la ley 19.550.

Como las conclusiones precedentes parten del sentido común y no requieren demasiado esfuerzo de imaginación para incluir dentro del concepto de interés social al libre e irrestricto ejercicio de los derechos sociales y el normal funcionamiento de los órganos sociales, alguna jurisprudencia —que lamentablemente no es poca—, siempre imbuida del carácter "demoníaco" de la intervención judicial, ha distinguido entre el "interés social subjetivo" y el "interés social objetivo", llevando la cuestión a un dogmatismo inadmisibles y contrario a la razón.

Se sostuvo reiteradamente al respecto que la cautela de intervención judicial societaria se ordena al interés social objetivo (art. 114 de la ley 19.550), pues la aludida medida, en cualquiera de las formas previstas legalmente, es un instituto con características singulares, erigiéndose como excepción, a la cual puede recurrirse una vez agotadas todas las posibles instancias para conjurar el peligro potencial que provendría de acciones y omisiones⁽³⁸⁴⁾.

Conforme a esta línea de pensamiento, el interés social subjetivo equivale al interés social donde está comprometido el normal ejercicio de los derechos inderogables que la ley 19.550 otorga a cada uno de los socios, cuya violación por el órgano de administración —conforme esta línea jurisprudencial— no tornaría procedente la intervención judicial de la sociedad. Por el contrario, si lo comprometido en las irregularidades denunciadas por el peticionante de esta medida es el "interés social objetivo", la cosa es totalmente diferente, y en ese caso, la pretensión fundada en lo dispuesto por los arts. 113 y 114 de la ley 19.550 tiene luz verde.

Como esta diferencia no atiende a la materialidad de las cosas, sino al conceptualismo puro, como alguna vez expresó el magistrado Edgardo Alverti, la dificultad que ello presenta se centra en desentrañar donde se presenta, sin supuestas "impurezas", el "interés social objetivo" y no encuentro muchos ejemplos para ilustrar al lector sobre este tan particular concepto, pues si este peculiar interés se entiende aplicable exclusivamente a los casos donde se afecta el patrimonio social o cualquiera de los bienes que lo integran, siempre hay una cuota subjetiva involucrada, porque a todos los socios les interesa mantener la intangibilidad del patrimonio o su permanente acrecentamiento. En definitiva, esta dogmática diferencia entre diversas clases de "interés social" adolece no solo de toda apoyatura legal sino que ofende al sentido común, pues si ya parece un verdadero despropósito adjudicarle un determinado interés a una persona de existencia ideal, mucho más desatinado es predicar que ese interés pueda ser "objetivo", como si los sujetos de derecho de segundo grado pudieran asimilarse a lo que Ascarelli definía como "criaturas nacidas del vientre de mujer".

§ 7. ¿Debe diferenciarse entre los distintos tipos societarios previstos por la ley 19.550 a los fines de interpretar la procedencia de la intervención judicial?

Nada dice la ley 19.550 al respecto y por lo tanto, ninguna diferenciación debería hacerse, contrariamente a la doctrina judicial que superlativiza el criterio restrictivo para las sociedades anónimas, fundado en la complejidad estructural de este tipo societario, en donde las vicisitudes que puedan comprometer el interés social deben necesariamente resolverse en las instancias internas del ente⁽³⁸⁵⁾.

Salvo que la jurisprudencia que ha consagrado tan original criterio, haya tenido en cuenta a las sociedades anónimas cotizantes, esto es, aquellas que cotizan sus títulos en la bolsa o mercado de valores, la diferencia que tal criterio incorpora carece de todo fundamento, máxime teniendo en cuenta que en nuestro medio las sociedades anónimas "cerradas" o "de familia" constituyen el noventa y nueve por ciento de las sociedades por acciones que intervienen en el tráfico mercantil del país y cuyo funcionamiento interno en nada se diferencia de una sociedad de responsabilidad limitada. Por otro lado, las irregularidades que para el art. 113 de la ley 19.550 habilitan la intervención judicial —esto es, cuando el o los administradores de la sociedad realicen actos o incurran en omisiones que pongan a la sociedad en peligro grave— son tan relevantes en cualquier tipo societario y el hecho de que ello suceda en una sociedad anónima no debe tornar más restrictivo en su interpretación al juez de la causa, pues la finalidad del instituto en análisis es siempre el mismo: alejar provisoriamente de la administración social al administrador infiel o negligente en el cumplimiento de sus obligaciones, cuando de ello derive un perjuicio grave a la sociedad.

§ 8. Aspectos procesales de la intervención judicial

La figura de la intervención judicial presenta muchos aspectos de índole procesal, que es necesario tener presente.

En primer lugar, y como toda medida procesal que es, su procedencia está subordinada al cumplimiento de los extremos requeridos por el art. 198 del Código Procesal, cuales son, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

En cuanto al primero, para la apreciación de la verosimilitud del derecho, la jurisprudencia es reiterada en el sentido que no corresponde exigir al peticionario una prueba concluyente y plena sobre el derecho invocado, sino solo apreciar la apariencia de credibilidad del reclamo de fondo, con la provisionalidad con que cabe valorar los elementos de juicio incorporados a la causa⁽³⁸⁶⁾.

En cuanto al peligro grave, o como se conoce en derecho procesal, el *periculum in mora*, éste debe valorarse como la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que el peticionario aguarda de la sentencia a pronunciarse, no pueda en los hechos realizarse, porque a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo resulten inoperantes⁽³⁸⁷⁾ y si bien, la exigencia de la prueba de ese peligro puede verse atemperada, ante circunstancias particulares, ello no podría llevar al extremo de admitir que la carga sea totalmente soslayada, pues mediaría apartamiento del sentido de esta naturaleza de medidas, que es asegurar el resultado del pleito⁽³⁸⁸⁾.

Si la existencia del peligro grave no ha sido suficientemente acreditado por el actor, y el juez interviniente pudiera tener alguna duda, ella puede despejarse mediante la designación de oficio de un interventor informante (art. 224 del Código Procesal), solución que el ordenamiento de rito admite expresamente y cuyo informe le será de suma utilidad a los fines de resolver la intervención judicial.

§ 9. El carácter inaudita parte del pedido de intervención judicial

La intervención judicial reviste el carácter de medida cautelar, por lo que su procedencia deberá ser acreditada inaudita parte, es decir, sin necesidad de oír a la sociedad sobre el particular. Con ello se tiende a evitar que esta adopte las medidas necesarias para tornar ilusoria la futura sentencia, pero debe tenerse presente que ello no perjudica a la sociedad demandada, la cual podrá apelar la designación de un administrador judicial, en cualquiera de sus formas o iniciar un incidente de levantamiento de la medida cuando el tribunal de alzada hubiera sido quien proveyó favorablemente esa medida.

§ 10. Provisionalidad o instrumentalidad de la intervención judicial

Como toda medida cautelar, la intervención judicial inviste carácter provisorio o provisional y pueden ser adecuadas a las nuevas circunstancias de hecho por la que atraviesan las partes. Rige al respecto lo dispuesto por el art. 202 del Código Procesal, conforme al cual las medidas cautelares subsistirán mientras duren las circunstancias que las determinaron, y en cualquier momento en que estas cesaren se podrá requerir su levantamiento.

En consecuencia, la intervención judicial, como toda medida precautoria, crea un estado jurídico provisional susceptible de revisión y modificación en cualquier etapa del juicio, al variar los presupuestos determinantes de la traba, o al aportarse nuevos elementos de juicio que señalan la improcedencia del mantenimiento de la medida o la conveniencia de su ampliación o sustitución por otra, que asegure de manera más efectiva los presuntos derechos del solicitante.

Autorizada doctrina procesal⁽³⁸⁹⁾ enseña que a partir de la instrumentalidad de las medidas cautelares, se derivan las notas características de las medidas cautelares:

1. Sumariedad del conocimiento y cosa juzgada formal (art. 198 del Código Procesal).
2. Provisionalidad de las disposiciones sobre la materia como de las medidas que se dictan en su consecuencia (art. 202 del Código Procesal).
3. Mutabilidad o variabilidad de las precautorias dispuestas (art. 203 del Código Procesal).
4. Discrecionalidad para resolver el tipo de medida cautelar adecuada a las circunstancias del caso (art. 204 del Código Procesal).
5. Preventividad como fundamento y razón de procedencia (art. 205 del Código Procesal) y
6. Responsabilidad emergente por los daños potenciales que pueda ocasionar su traba, plano dentro del cual se encuentra la caducidad de las medidas (art. 208 del Código Procesal).

§ 11. ¿Es susceptible de caducar la instancia del juicio de remoción de los administradores, cuando el actor ha puesto todos sus esfuerzos en la obtención y desarrollo de la intervención judicial?

Si bien la intervención judicial ha sido concebida como medida cautelar que acompaña a una acción de fondo, las características especiales del régimen de sociedades comerciales hacen que no pueda asimilársela a aquellas medidas cautelares ordinarias, con cuya implementación se persigue asegurar la percepción de un crédito o garantizar el cumplimiento de una obligación.

En el caso en estudio, estamos ante un supuesto especial, donde la medida cautelar, si bien accesoria por su naturaleza intrínseca dentro del contexto de la acción principal, se plasma integrativamente a la demanda, sin que pueda sostenerse que pueda correr su propia suerte, aunque prospere la acción de remoción. La accesoriedad deriva de la imposibilidad de solicitar la intervención judicial sin haber accionado por remoción, esto es, que estamos frente a una medida accesoria por el solo hecho de que resulta improcedente requerirla autónomamente, pero no estamos en

presencia de una medida accesoria desde el punto de vista de la litis, una vez que la misma ha sido acompañada a la acción principal.

Con otras palabras, nos encontramos ante una accesoriedad originaria, pero no frente a una accesoriedad sustancial. La medida accesoria al momento de entablar la demanda se funda en ella una vez entablada, incorporándose en una suerte de unión para ligarse a la misma tramitación procesal y debiendo, juntamente con la acción de remoción, ser considerada, sin que pueda separarse de aquella, ni aquella de esta. No podría entonces sostenerse que los informes de un veedor, por ejemplo, dando cuenta de las irregularidades en la administración de la sociedad, no integran la demanda de remoción. Por el contrario, la fundan y sostienen. Denegada entonces la medida cautelar por el juez interviniente, y apelada, no corresponderá formar incidente a efectos de continuar con la normal tramitación de la acción de fondo. Por el contrario, la apelación de esta medida cautelar, a diferencia de lo que ocurre con el resto de ellas, no significará que la demandada utilice el tiempo transcurrido en la tramitación de dicho recurso para oponer, una vez revocada la decisión denegatoria el juez de primera instancia, la caducidad de instancia frente a la acción de fondo no notificada, a la espera de la resolución favorable del Superior.

En síntesis: el logro de una intervención judicial —cualquiera sea su extensión— y el cumplimiento de los requisitos para ello —contracautela— demuestran la continuidad del trámite tendiente a conocer el real estado del negocio societario completando, quizás, algunas presunciones esbozadas en el escrito de demanda de remoción, que serán analizadas y valoradas por las partes en el curso del pleito y por el sentenciante en la oportunidad de la resolución definitiva. La medida cautelar no constituye, pues, una presunción de desinterés por parte del peticionante en la continuación del pleito, presupuesto, este, fundamental para hacer aplicable la caducidad de instancia.

Sostener lo contrario no sería más que desnaturalizar la vía que la ley otorga al socio para evitar el perjuicio de la sociedad, pues notificado de la acción de fondo el órgano de administración, y conociendo este la existencia de una medida cautelar pendiente de resolución, no vacilará en cubrir sus actos u omisiones, a efectos de evitar que, ordenada la medida, algo puedan probarle, ayudando de esta forma la interpretación jurisprudencial a la materialización del daño, con el agravante de poner aviso a su autor material con la debida anticipación.

ART. 115.—

Clases. La intervención puede consistir en la designación de un mero veedor, de uno o varios coadministradores, o de uno o varios administradores.

Misión. Atribuciones. El juez fijará la misión que deberán cumplir y las atribuciones que les asigne de acuerdo con sus funciones, sin poder ser mayores que las otorgadas a los administradores por esta ley o el contrato social. Precizará el término de la intervención, el que sólo puede ser prorrogado mediante información sumaria de su necesidad.

CONCORDANCIAS: Ley 19.550: arts. 113, 114; ley 21.839: arts. 7º, 15, 16. Ley 16.060 de la República Oriental del Uruguay: art. 186.

§ 1. Diversas clases de administración judicial. El interventor judicial

Conforme los hechos invocados, la administración judicial puede tener diversos alcances, que van desde el desplazamiento total de los administradores, quienes son reemplazados por un interventor judicial, hasta la designación de un veedor, cuya misión consiste simplemente en controlar la gestión de aquellos e informar al juez sobre la misma, contemplando como figura intermedia la del coadministrador, que no sustituye a quien o a quienes ocupan la administración, sino que intervienen necesariamente en la marcha de la gestión social, pudiendo incluso necesitar el administrador su consentimiento a los efectos de obligar a la sociedad.

La primera de las formas es la más grave, y procede cuando el patrimonio de la sociedad corre inmediato peligro y es, entre otros, el supuesto en el cual los administradores han realizado maniobras fraudulentas o cometido delitos en

perjuicio del ente, en cuyo caso el interventor judicial desplaza a las autoridades naturales de la sociedad y pasa a ejercer idénticas funciones que las desempeñadas por aquellos, las cuales surgirán del contrato social o en su defecto, de la ley.

Por lo general, la experiencia demuestra que cuando se imputan irregularidades a los administradores sociales, no siempre se ellas se concretan en un solo hecho o en una sola operación, sino que se invocan una multiplicidad de conductas ilegítimas o antisocietarias, que, apreciadas en conjunto, obligan al magistrado interviniente a disponer la intervención de la sociedad.

Me parece de suma utilidad, y sin pretender agotar los supuestos de procedencia de la intervención judicial con desplazamiento de sus autoridades naturales, hacer un breve listado de los casos en donde la jurisprudencia ha aceptado esta tesitura:

- La desaparición de parte sustancial de los libros contables, el emisión del voto favorable de los directores de la sociedad, en oportunidades de considerarse su remuneración y su responsabilidad y el contenido del informe de los veedores, que reveló la existencia de operaciones realizadas por la sociedad que carecen del adecuado respaldo documental⁽³⁹⁰⁾.

- La reticencia en la exhibición de la documentación societaria, el retraso alarmante de los registros societarios y la constitución de la sociedad con fines extrasocietarios⁽³⁹¹⁾.

- La subsistencia de la privación del ejercicio de los derechos de control y políticos de un accionista; la utilización de bienes sociales antes desaparecidos y utilizados en beneficio personal por el restante socio y presidente del directorio; la imposibilidad insuperable de revisar la documentación de la sociedad y la internación en un establecimiento hospitalario del presidente del directorio⁽³⁹²⁾.

- La existencia de un estado de incertidumbre en cuanto a la conducción de los negocios societarios, traducido en el funcionamiento de dos directorios, integrados cada uno por facciones de socios enfrentados, que se pretenden legítimamente constituidos⁽³⁹³⁾.

- La retención por la sociedad, en forma ilegítima, de las acciones de los demandantes con el objeto de impedir el ejercicio de los derechos societarios a accionistas que representan el 50% del capital social, así como evitar funcionar válidamente la asamblea de accionistas⁽³⁹⁴⁾.

- La probable existencia de una administración desprolija por parte del directorio actuante, e imprecisión o falta de la debida información respecto de los movimientos de las cuentas particulares de los directores accionistas⁽³⁹⁵⁾.

- Manejo discrecional del ente que, de acuerdo con los informes del veedor, se presenta como irregular y que puede causar un daño concreto, de inminente peligro para la sociedad⁽³⁹⁶⁾.

- La confección de estados contables falsos⁽³⁹⁷⁾.

- El irregular funcionamiento de las asambleas por la composición igualitaria de la propiedad de las acciones entre actora y demandada, así el vencimiento de los mandatos de los directores desde hace cuatro años sin acuerdo entre los accionistas para decidir su reemplazo⁽³⁹⁸⁾.

- Existencia de procesamiento de dos directores por intervenir en una maniobra de aguamiento de la participación accionaria de la actora, quien de esa manera habría visto disminuida injustificadamente su participación en la sociedad⁽³⁹⁹⁾.

- El comprometer el patrimonio social en operaciones ajenas al objeto de la sociedad y en beneficio particular de un accionista⁽⁴⁰⁰⁾.

- La práctica de subfacturación ante su incidencia en el patrimonio social⁽⁴⁰¹⁾.

- Desprecio por el órgano de administración hacia el ejercicio por el actor de todos su derechos sociales⁽⁴⁰²⁾.

- La falta de colaboración de las autoridades de la sociedad demandada con el desempeño de la labor del veedor, y la falta de cumplimiento a los requerimientos efectuados por éste⁽⁴⁰³⁾.

- La existencia de una sentencia declarando respecto de los actores la inoponibilidad de la personalidad jurídica de la sociedad y la nulidad de cierto convenio de compraventa de acciones que dejaría a los actuales administradores fuera del control de la persona jurídica⁽⁴⁰⁴⁾.
- Las discrepancias existentes entre los dos socios de la sociedad, titulares cada uno de ellos del cincuenta por ciento del capital social, sobre la forma de liquidar los bienes sociales⁽⁴⁰⁵⁾.
- La paralización de las convocatorias a asambleas, la desatención del normal desarrollo de la vida societaria, sumado al hecho de que, por las desavenencias entre los socios, no se han realizado los actos asamblearios para la consideración de los estados contables, así como la desprotección de la sociedad frente a las rencillas y cuestiones familiares trasladadas al plano societario⁽⁴⁰⁶⁾.
- La ausencia del socio comanditado y administrador por fallecimiento y la falta de regularización de la sociedad en comandita por acciones en el plazo previsto por el art. 140 de la ley 19.550⁽⁴⁰⁷⁾.
- La no aprobación de los estados contables por cinco ejercicios, la inexistencia de reuniones de socios por el mismo período y la contabilización de importantes retiros dinerarios efectuados por parte de los socios durante ese lapso de tiempo⁽⁴⁰⁸⁾.
- La inserción en las actas de asambleas de firmas falsas; la "autoconvocación" de asambleas; la designación de administradores y miembros de la sindicatura con designación de honorarios previa aprobación de los estados contables reveladores de pérdidas significativas de dinero⁽⁴⁰⁹⁾.
- La actividad en competencia realizada por algunos socios del ente demandado, que pone en peligro el interés social⁽⁴¹⁰⁾.
- La realización por parte del directorio de operaciones sociales a precio vil y la comprobada irregularidad de la contabilidad societaria, sumada a determinadas falencias registrales⁽⁴¹¹⁾.
- La comprobación de un drenaje de fondos hacia sociedades a través de las cuales pudiera estar derivándose la actividad de la sociedad, presentándose la intervención judicial, con desplazamiento de las autoridades naturales como la única manera de garantizar una adecuada asignación de los fondos derivados de la explotación empresarial⁽⁴¹²⁾.
- La existencia de irregularidades graves que inciden directamente sobre los ingresos reales de la sociedad; el no acatamiento de una decisión asamblearia que revocó la designación de ciertos directores y síndicos y la actuación de dicho directorio, convocando a asambleas ordinarias y extraordinarias que podrían afectar sustancialmente la estructura y funcionamiento de la sociedad⁽⁴¹³⁾.
- Cuando habiéndose convocado a pedido de los actores una asamblea de accionistas para pronunciarse sobre la promoción de acciones de responsabilidad contra determinados directores, se resolvió con el voto de ellos dejar sin efecto el orden del día y darles un voto de confianza⁽⁴¹⁴⁾.
- La realización por el concursado de actos prohibidos o sujetos a autorización, sin obtenerla previamente o cuando los administradores de la sociedad concursada han incurrido en alguna de las actuaciones previstas por el art. 17 de la ley 24.522⁽⁴¹⁵⁾.
- El irregular funcionamiento de una sociedad, cuando los mandatos de los directores han vencido hace más de un año, sin que los accionistas se hayan puesto de acuerdo con su reemplazo, pues ello constituye una situación fáctica y jurídica que, cuanto menos, pone en peligro el interés social⁽⁴¹⁶⁾.
- El desconocimiento de los actuales directores y la alegación de un virtual estado de acefalía en el órgano de administración de la persona jurídica⁽⁴¹⁷⁾.
- La confesión del directorio en cuanto a que la sociedad se encuentra ingracapitalizada, lo cual, demuestra la existencia del grave riesgo previsto por el art. 114 de la ley 19.550, con condición para autorizar al tribunal a agravar la intervención judicial ya dispuesta⁽⁴¹⁸⁾.
- Los atrasos de las registraciones contables y la sospecha por los precios de los alquileres de los inmuebles de la sociedad, cuando ésta desarrolla un objeto inmobiliario⁽⁴¹⁹⁾.

- La existencia de una sociedad con capital social dividido en partes iguales entre los dos socios cónyuges que mantienen divergencias personales de tal magnitud que derivan en una virtual parálisis social⁽⁴²⁰⁾.
- Ante el contexto de una marcada litigiosidad entre los integrantes de la sociedad, evidenciada por una numerosa cantidad de procesos judiciales⁽⁴²¹⁾.

§ 2. Designación de un coadministrador judicial. Supuestos de procedencia

La designación de un coadministrador judicial, al igual que lo que sucede con el interventor judicial, que desplaza a las autoridades naturales de la sociedad, importa también una interferencia en la estructura orgánica natural del ente y consecuentemente también, en la gestión social.

Por lo general, su designación procede cuando la gravedad de la situación planteada y la urgencia en el desplazamiento del administrador natural no resulta tan claramente de la presentación judicial y si bien ella no desplaza al órgano de administración, la gestión de los negocios sociales deberá hacerse en forma conjunta con el coadministrador.

La designación de un coadministrador judicial no implica nombrar un director o a un gerente más en un órgano de administración plural o colegiado, sino que su actuación tiene la misma fuerza que la del órgano de administración, lo cual supone que este funcionario no podrá estar nunca en minoría, como si se tratara de un director disidente en el seno del directorio. Como bien ha afirmado Coll, la designación de un coadministrador supone la presencia en la sociedad de dos voluntades expresadas de modo conjunto, por lo que debemos necesariamente interpretar que frente a la divergencia de opiniones, será el juez quien tenga la última palabra⁽⁴²²⁾.

Sin embargo, debe tenerse presente que las funciones del coadministrador judicial no son siempre las mismas, como que tampoco son idénticas las situaciones fácticas que justifican su nombramiento y por ello, es el magistrado interviniente quien debe adecuar la actuación de dicho funcionario al más eficaz cumplimiento de los objetivos propuestos y en tal sentido, nada obsta al otorgamiento al coadministrador judicial la atribución de vetar determinadas decisiones del directorio⁽⁴²³⁾.

Si bien hemos sostenido que la figura del coadministrador es un recurso al cual los jueces recurren cuando no advierten reunidos suficientemente los requisitos de gravedad que justifican la intromisión en la vida de la sociedad a través de un interventor judicial, la doctrina nacional, y con todo acierto, ha dicho que esta figura juega un rol preponderante en aquellos supuestos en los que la dinámica del órgano de administración se vea obstruida en la posibilidad de dirimir internamente las cuestiones negocial⁽⁴²⁴⁾.

Un somero repaso de la jurisprudencia ilustra sobre la procedencia de la designación de un coadministrador judicial en los siguientes supuestos:

- Cuando los honorarios que se habrían abonado a los administradores se encuentra en infracción a la normativa societaria, existiendo irregularidades en la administración y la probable existencia de deudas sociales de magnitud⁽⁴²⁵⁾.
- La ausencia de registros contables que fueron exhibidos al veedor en blanco, el manejo discrecional de los fondos sociales, la falta de presentación de los balances y el manejo deficitario de la administración⁽⁴²⁶⁾.
- Las graves deficiencias con relación a los balances, su contradicción con las normas del art. 64 de la ley 19.550, la constante falta de exhibición de los libros sociales, la desatención de los acuerdos celebrados entre los socios a los fines de la confección y redacción de las actas de las asambleas y las serias deficiencias en los sistemas de control para establecer los movimientos de la caja social⁽⁴²⁷⁾.
- La realización de actividades en competencia con la sociedad por parte de uno de los directores, aprovechando su prestigio y antigüedad en el ramo gastronómico, sin contra con la autorización de la asamblea⁽⁴²⁸⁾.
- La falta de firma por parte del auditor del informe correspondiente; la constitución de una reserva facultativa por un importante porcentaje del patrimonio neto de la sociedad, sin explicación ninguna y sin la aprobación de los socios; la registración de pérdidas sin explicación en los estados contables; la falta de notas con respecto a determinadas cuentas de los socios y el extravío de los libros sociales⁽⁴²⁹⁾.

- Cuando de los informes del veedor surge claramente que la segunda sociedad es prácticamente continuadora de la sociedad en la cual el peticionante tenía participación accionaria, con el mismo personal, proveedores y clientes⁽⁴³⁰⁾.

- La comprobación de que la actividad de una sociedad donde el peticionante es accionista, fue derivada a una segunda sociedad, en perjuicio del actor, en la cual éste no participa, para luego dejar esta última de operar, habiendo sido su actividad y clientela absorbida por un nuevo emprendimiento, cuyo domicilio coincidente con el del controlante en todas estas compañías⁽⁴³¹⁾.

- Ante las desavenencias suscitadas entre los gerentes que poseen un poder compartido que afectan al ente, incapacitándolo para tomar decisiones por la bifurcación de actitudes de quienes lo ejercen⁽⁴³²⁾.

- La evidente existencia de planteos judiciales respecto de la actuación de uno u otro miembro del directorio o socio⁽⁴³³⁾.

- Cuando existen fondos sociales depositados en una cuenta en Suiza, de la cual ni siquiera ha podido el veedor obtener un extracto ni conocer siquiera los nombres de los autorizados para operarla⁽⁴³⁴⁾.

- La retención por parte de un administrador de la totalidad de los papeles y la documentación social, en connivencia con otras personas, en beneficio propio⁽⁴³⁵⁾.

- Cuando de los elementos documentales fluye que la sociedad funcionaría, cuanto menos irregularmente, así como la actuación de su presidente, en aparente violación del interés social y de las reglas estatutarias⁽⁴³⁶⁾.

- Cuando existe controversia recíproca entre las partes sobre la tenencia accionaria de cada uno de los socios, impidiéndose el ingreso del actor a la planta operadora, así como la aparente imposibilidad de compartir tareas de administración⁽⁴³⁷⁾.

- Cuando de los informes del veedor designado, se hizo saber la existencia de una numerosa serie de irregularidades, tales como la demora en entregar la información requerida, atrasos contables, retraso en la confección de los estados contables, carencia de libro de registro de accionistas, reticencia a informar sobre el dinero existente en la caja social etc⁽⁴³⁸⁾.

- Cuando el veedor judicial ha informado que el directorio se encontraría al margen de la adopción de las decisiones de la sociedad, en torno a una causa penal que involucra a sus integrantes, órgano al cual se le retacearía información sobre los hechos en que se funda ese expediente, llegándose al extremo de no admitirse la presencia del veedor judicial, al momento en que se trataban cuestiones referidas a dicha causa penal⁽⁴³⁹⁾.

§ 3. El veedor judicial. Naturaleza de sus funciones

El veedor es un funcionario auxiliar de la justicia, cuyo cometido consiste en informar en el juicio sobre la gestión de la sociedad, teniendo en cuenta lo que la parte interesada ha solicitado y la instrucción impartida por el juez⁽⁴⁴⁰⁾. Su actuación constituye garantía de un efectivo control de la actuación del órgano de administración.

La designación de un veedor judicial generalmente se reserva para los casos en que los órganos de administración o fiscalización de la sociedad no suministren información a los socios, cuando la contabilidad de la empresa fuera llevada en forma irregular o con atraso, o cuando el juez interviniente, ante un pedido de intervención judicial de mayor alcance, considera conveniente obtener en forma previa información sobre la marcha de la sociedad o sobre determinadas operaciones sociales, a través de un funcionario judicial, a quien facultará expresamente para realizar las investigaciones necesarias.

La designación de un veedor es, por propia definición, una medida cautelar provisoria, pues la función de aquél consiste exclusivamente en informar sobre las materias encomendadas por el juez. Por ello, si de los informes producidos se constatan las irregularidades denunciadas por el peticionante de la medida, resalta procedente disponer una cautela más extensa, designando un coadministrador o desplazando a través de un administrador Judicial a las autoridades de la empresa.⁽⁴⁴¹⁾

La jurisprudencia ha coincidido en la necesidad de la actuación de un veedor en los casos de retacearse a los asociados el derecho de información de los negocios sociales, a través de la no presentación de los estados contables o de la rendición de cuentas, conforme a la clase de sociedad de que se trate. Del mismo modo, y sin pretender agotar los innumerables supuestos en que la jurisprudencia ha declarado la procedencia de la designación de un veedor judicial, deben mencionarse, a mero título de ejemplo, la violación a los derechos inderogables de los socios o accionistas⁽⁴⁴²⁾, en especial la violación al derecho de información⁽⁴⁴³⁾; la irregularidad de los estados contables y de la contabilidad social⁽⁴⁴⁴⁾, las discrepancias entre la facturación de la sociedad según las cuentas de los estados contables en comparación con el real desenvolvimiento real del negocio; la falta de exhibición al socio peticionante de las copias de los libros sociales ante el requerimiento expreso formulado por éste⁽⁴⁴⁵⁾; la ausencia de una conducción incontrovertidamente consustanciada con el éxito de la gestión social⁽⁴⁴⁶⁾; la negativa al actor de permitirle el ingreso a la sede social⁽⁴⁴⁷⁾; la existencia de desórdenes en el manejo interno del ente⁽⁴⁴⁸⁾; la no presentación de los balances a los socios⁽⁴⁴⁹⁾; la necesidad de controlar la marcha de la sociedad, a fin de preservar los derechos sociales del accionista afectado, que se ven restringidos por la negativa de permitirle el acceso al establecimiento⁽⁴⁵⁰⁾; el desorden administrativo contable en la conducción de la sociedad⁽⁴⁵¹⁾; la existencia de serias desavenencias entre los integrantes de la sociedad, susceptibles de proyectar sus efectos sobre el desenvolvimiento del ente⁽⁴⁵²⁾; en caso de que el conflicto que se evidencia en el seno del directorio, no parece tener posible solución en el ámbito de la asamblea⁽⁴⁵³⁾; la participación de ciertos accionistas en diferentes decisiones asamblearias a pesar de que tendrían intereses personales contrarios al de la sociedad, en violación a lo dispuesto por el art. 248 de la ley 19.550⁽⁴⁵⁴⁾; el desvío de fondos hacia otras personas jurídicas⁽⁴⁵⁵⁾; la negativa a inscribir una transferencia accionaria invocada por el peticionante⁽⁴⁵⁶⁾; la contratación como asesor de la sociedad del director removido con causa por la asamblea de accionistas⁽⁴⁵⁷⁾; la desatención por parte de la sociedad de sus obligaciones fiscales e impositivas, cuya ejecución ya habría sido promovida con el consiguiente riesgo que la ejecución forzada de los bienes del activo importa para la sociedad⁽⁴⁵⁸⁾ etc.

La intervención judicial en grado de veeduría permite al magistrado interviniente en el conflicto suscitado en el seno de la sociedad, conocer con objetividad los hechos denunciados por el peticionante de la medida, supuestamente encuadrados en la fórmula empleada por el primer párrafo del art. 113 de la ley 19.550, y si bien muchas veces esa injerencia judicial en la vida interna de la entidad actúa por presencia, impidiendo la continuación de las actuaciones del órgano de administración que hayan puesto a la misma en peligro grave, en la mayoría de los casos, y durante el desarrollo del juicio de remoción, el magistrado interviniente suele transformar esa veeduría en una coadministración o una intervención judicial plena, con desplazamiento de las autoridades naturales de la compañía, decisión que, por lo general se adopta ante la confirmación por parte del veedor judicial de los hechos denunciados en la demanda y por tales fundamentos es que la jurisprudencia, con todo acierto ha entendido que la veeduría importa más una medida preliminar respecto de otra cautela más grave, que una cautela en sí misma⁽⁴⁵⁹⁾.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia en el caso "Geuna Edgardo Daniel c/ Ranchos SA s/ ordinario", dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 2 de junio de 2015, en donde se resolvió que la designación de un veedor judicial no es una medida cautelar que tiene relevancia específica por sí misma, sino que solo constituye un recurso tendiente a evitar el irregular funcionamiento de la sociedad, traducida en la carencia de libros sociales, violación a los derechos de los socios o accionistas, atrasos contables o inexistencia de convocatoria de los órganos sociales, pues ante la confirmación por un funcionario judicial de la existencia de tales anomalías, no cabe otro remedio que el agravamiento de la medida, mediante la designación de una persona (coadministrador o interventor judicial), que ponga fin a ese estado de cosas y encauce el funcionamiento de la sociedad a los parámetros previstos por la ley y el estatuto.

Es cuestión controvertida el alcance de las funciones del veedor judicial y corresponde preguntarse: ¿Debe dicho funcionario controlar simplemente la marcha de la gestión o debe suministrar pautas para el desarrollo de la misma, interviniendo en la toma de decisiones empresarias?

Consideramos que el veedor judicial no es administrador ni participa en la tarea del respectivo órgano; no integra, ni parcial, ni totalmente el órgano de administración, ni puede tomar medida que no sea de control⁽⁴⁶⁰⁾. Para cumplir su cometido, al veedor le asisten los derechos de participar en las reuniones del órgano de administración, pedir todas las informaciones necesarias para ejercer sus facultades, inspeccionar cualquier tarea de la empresa y confrontarla con el estatuto, sin que la actividad de dicho funcionario pueda impedir el normal desenvolvimiento de la administración social.

La importancia de las funciones del veedor judicial no puede ponerse en duda, pues tienden a proteger los derechos de la parte que solicitó su designación, evitando que los mismos puedan ser menoscabados durante la tramitación del juicio. Por ello, si de los informes realizados por el veedor surgen anomalías en el desenvolvimiento de la administración social, la parte podrá solicitar información complementaria o ampliación de la medida, transformándola en otra de las previstas por el art. 115 de la ley 19.550, pero no puede pretenderse que dicho funcionario imparta las directivas propias de la gestión empresarial, que por la naturaleza de las funciones que le fueron encomendadas, le están vedadas.

A pesar de las obvias diferencias que existen entre las figuras del interventor judicial y/o del coadministrador con el veedor, quien solo se limita a cumplir un papel pasivo en la sociedad intervenida, sin la menor injerencia en su administración, la jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales han ratificado que en tanto la designación de un veedor judicial importa una intromisión anormal en los órganos naturales de la sociedad, la designación de este funcionario está sometido al criterio restrictivo previsto en el último párrafo del art. 114 de la ley 19.550, pues la actuación del veedor puede ser susceptible de causar mayores perjuicios al ente de los que se pretenden evitar⁽⁴⁶¹⁾. Ello constituye a nuestro juicio un grave error, pues no se percibe que la intervención judicial en grado de veeduría, sin desplazamiento de autoridades, y con un plazo relativamente breve de actuación, pueda generar un perjuicio inminente y grave para la sociedad y así lo ha resuelto otra corriente jurisprudencial que se comparte, sosteniéndose que, dada la naturaleza de la veeduría, no es dable suponer que pueda generar perjuicios a la sociedad o significar una intromisión desmedida en sus órganos sociales⁽⁴⁶²⁾, sino que, por el contrario, permite fiscalizar el curso de los negocios del ente, evitando así que se deteriore injustificadamente su patrimonio⁽⁴⁶³⁾.

3.1. Las funciones de un veedor y la existencia de una causa penal vinculada a los hechos que fundaron su designación

En forma por demás improcedente, la justicia denegó el pedido de información requerido por la parte actora, que había logrado la designación de un veedor, tendiente a obtener el suministro de cierta información sobre determinados aspectos de los negocios sociales que estaba siendo investigados por la justicia penal, cuando la sociedad podría inculparse penalmente. Esta inadmisibles manera de ver las cosas, fue sostenida por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 22 de septiembre de 2015, en los autos "Levy Diego Federico y otros c/ Laboratorios Esme SAIC y otros s/ ordinario, Incidente art. 250 CP.", con el argumento de que, atento las funciones que tiene el veedor judicial, resulta procedente que éste solicite documentación e información sobre la marcha de los negocios sociales, incluida la correspondiente a los contratos celebrados por la misma. No obstante, "... considera el tribunal procedente disponer que la sociedad, en ejercicio de su legítimo derecho de defensa, pueda oponerse a brindar aquella información o inculparla en la causa penal en trámite, expresando puntualmente, frente a cada requerimiento que lo considere pertinente, que lo hace por considerar que con ello podría auto-inculparse o alguna otra persona que luego sea imputada en sede penal, aplicando la misma lógica del principio que inspira las disposiciones del art. 18 de la Constitución Nacional, así como del art. 8º, apartado 2º, inc. g) de la Convención Americana de los Derechos Humanos y del art. 414 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Esta solución constituye un verdadero contrasentido, pues si el veedor judicial, designado en el marco de un juicio de remoción de las autoridades sociales, tuvo como misión investigar el legal funcionamiento de la sociedad e informar al tribunal sobre los ilícitos denunciados, no es razonable que dicho funcionario pueda encontrar un límite a sus investigaciones, cuando los requerimientos de información efectuados por el funcionario judicial pudieran inculpar a la sociedad y/o cualquiera de sus autoridades, pues mas allá de la dudosa aplicabilidad a las personas jurídicas de las normas constitucionales o convenciones mencionados en el fallo referido, lo cierto es que ello perjudica al juicio de remoción que dió origen a la designación del veedor judicial, al privarlo de una información esencial para el progreso de dicha demanda, cuando el juez comercial interviniente había declarado, oportunamente, reunidos los requisitos habilitantes de dicha medida, entre ellos y fundamentalmente, la existencia del grave peligro de la sociedad.

De manera tal que cuando la sociedad intervenida es investigada en sede penal, por los mismos hechos que obligaron a su intervención ante los tribunales mercantiles, el derecho de información del accionista y la obligación de suministrar información, que caracteriza la actuación de un veedor judicial, pierden todo sentido y producen la paralización del juicio de remoción, evitando con ello el desplazamiento de las autoridades de la sociedad, responsables de ese estado de cosas. Una insensatez y una grave desinterpretación del instituto de la intervención judicial prevista por los arts. 113 a 117 de la ley 19.550.

§ 4. Necesidad de la supresión de la veeduría como una clase de intervención judicial en la ley 19.550

A pesar de que el art. 115 de la ley 19.550 menciona al "mero veedor" como una especie de la intervención judicial en las sociedades comerciales, resultaría conveniente eliminar esa figura de la ley 19.550 (arts. 113 a 117), por las razones que a continuación se suministrarán.

Si bien es cierto que el veedor judicial ha sido legislado por la ley 19.550 dentro de la Sección XIV del Capítulo I, esto es, dentro de la normativa dedicada a la intervención judicial de las sociedades comerciales, la figura del veedor no implica en puridad una intervención judicial en una administración privada, pues dicho auxiliar no desplaza a nadie ni quita funciones a ningún órgano de la sociedad.

Por otro lado, la designación de un veedor judicial en una administración societaria mercantil no es una medida cautelar específica ni propia del derecho societario, y a tal punto ello es así que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en sus arts. 224 a 227 legisla sobre el "interventor informante", del cual el veedor es solo una especie, en tanto su desempeño, a diferencia de aquel, se circunscribe al ámbito interno de las sociedades comerciales y su designación solo puede ser peticionada por un socio y nunca por un tercero.

Lamentablemente, el hecho de que la figura del veedor judicial se encuentre legislada en la ley 19.550 dentro del capítulo referido a la intervención judicial, otorga suficiente sustento normativo a la aplicación a dicho instituto de la totalidad de las normas previstas en los arts. 113 a 117 de la ley 19.550, no obstante las enormes y profundas diferencias existentes entre el veedor judicial, el coadministrador e interventor judicial, los cuales desplazan total o parcialmente a los integrantes del órgano natural de administración de la sociedad e intervienen activamente en la administración de la firma. Sobre la base de tales circunstancias, no es de extrañar que a la figura del veedor le haya sido aplicado con todo rigor el criterio restrictivo y el instituto de la contracautela, como si se tratara de verdaderos interventores judiciales, criterios que no se compadecen con la naturaleza de las funciones de este auxiliar, que, como hemos dicho, se limitan a observar, investigar e informar.

Pero no solamente mediante tales argumentos se ha logrado enervar la importancia de la actuación del veedor judicial, sino que, nuestra jurisprudencia ha mal interpretado la verdadera utilidad de la función del veedor societario, pues precisamente la trascendencia de la labor de este funcionario radica en tener la autoridad suficiente para realizar investigaciones en terrenos que le está vedado al socio o accionista que no integra el órgano de administración de la sociedad.

Pues bien, y a pesar de tan elementales razonamientos, la designación de un veedor judicial no es de fácil obtención por parte de nuestros jueces comerciales, pues además de la permanente recurrencia al criterio restrictivo, se alega su improcedencia cuando la referida medida cautelar constituiría un modo indirecto de practicar una instrucción probatoria, en cuyos términos escapa del art. 113 y concordantes de la ley 19.550, con lo cual se dice simple y sencillamente que cuando el veedor debe investigar actos o actividades, su actuación es inadmisible, demostrando esa manera de razonar una total ignorancia de las funciones de este funcionario, que es precisamente investigar e informar, para poder obtenerse, con su actividad, el fin propio de toda medida cautelar, esto es, la remoción provisional de los administradores naturales de la sociedad, para evitar que cuando el juicio de remoción de los gerentes o directores finalice, su resultado sea abstracto, por no quedar nada por administrar.

Tampoco debe perderse de vista que la veeduría judicial no es una medida cautelar que se agota en sí misma, como lo es la designación de un interventor judicial. Si la función del veedor judicial consiste, transcribiendo de norma del art. 224 del Código Procesal que legisla la figura del "interventor informante", en "dar noticia acerca del estado de los bienes objeto del juicio o de las operaciones o actividades con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe", es de toda evidencia concluir que el veedor judicial informará al Juez que lo ha designado sobre las irregularidades que el accionista peticionante de tal medida ha denunciado como fundamento en la acción de remoción de los administradores, que aquel ha demandado como acción de fondo.

Retenido ello, la trascendencia de las funciones del veedor saltan a la vista, pues como funcionario delegado del juez, su punto de vista sobre los hechos que le ha tocado investigar será desde todo punto de vista más imparcial y creíble, y por ello, como ha sido sostenido por algún lúcido precedente jurisprudencial, la designación de un veedor importa más una medida preliminar respecto de otra cautela más grave que una cautela en sí misma, de apreciarse configuradas determinadas circunstancias, resulta procedente la designación de un coadministrador judicial cuando de los informes presentados por el veedor surge la existencia de irregularidades en la conducción de la sociedad y las divergencias de los socios.

En consecuencia, si se coincide con la necesidad de eliminar a la figura del veedor judicial del art. 115 de la ley 19.550, descartando a ésta figura como un supuesto, clase o especie de intervención judicial, las consecuencias serían las siguientes:

1. No es requisito de procedencia la promoción de acción de remoción de los administradores sociales, pudiendo ser designado un veedor judicial para investigar las actuaciones o actividades que el juez considere conveniente, cualquiera fuere la acción social intentada por el socio o accionista.

2. Deja de ser parámetro legal de apreciación de la medida el absurdo criterio restrictivo previsto por el art. 114 in fine de la ley 19.550, el cual, como ha sido justificado por la jurisprudencia, responde a la "inmixción estatal en corporaciones de índole privada" que toda intervención judicial en la administración de sociedades supone. Por ello, y en la medida que, como hemos explicado, la designación de un veedor jamás supone interferencia en la actividad de la sociedad ni menoscabo alguno a la actuación de los administradores, el criterio restrictivo carece de todo sentido como pauta de juzgamiento

§ 5. El interventor informante del arts. 224 de la ley 19.550

La designación de un interventor informante es una medida cautelar prevista por el art. 224 del Código Procesal, conforme al cual, de oficio o a petición de parte, el juez podrá designar un interventor informante para que dé noticia acerca del estado de los bienes objeto del juicio o de las operaciones o actividades, con la periodicidad que se establezca en la providencia que lo designe.

La figura del interventor informante tiene muchas similitudes con la del veedor judicial previsto en el art. 115 de la ley 19.550, pues en ambos casos, dichos funcionarios carecen de toda injerencia en las operaciones o actividades sobre las cuales le ha sido encomendado informar, debiendo limitarse a dar noticia sobre aquellas cuestiones a las que ha hecho referencia el magistrado interviniente en el auto de su designación: en el caso del veedor, y como principio general, sobre la marcha de la administración y el funcionamiento de los órganos sociales, y el interventor informante sobre el estado de los bienes objeto del juicio o de ciertas operaciones o actividades.

Pero allí terminan las similitudes, pues:

a) La designación del veedor judicial solo puede ser peticionada por un socio (art. 114 de la ley 19.550), mientras que el nombramiento de un interventor informante puede ser efectuada de oficio o a petición de un tercero, lo cual es, como principio general, impensable a la luz de las normas del ordenamiento societario.

b) La veeduría societaria prevista en el ordenamiento societario solo puede tener por objeto el ejercicio de control sobre el funcionamiento de una sociedad comercial, mientras que la labor del interventor informante es considerablemente más amplia, pues puede ser designado para informar sobre bienes, operaciones o actividades.

c) Para la procedencia de la designación de un veedor judicial, es requisito insoslayable la promoción de la acción de remoción de los administradores, mientras que ello no es necesario para nombrar al interventor informante contemplado por el art. 224 del Código Procesal.

Si bien la designación del interventor informante prevista por el art. 224 del Código Procesal se encuentra excluido del régimen de la intervención cautelar de la ley 19.550, existen disposiciones que son comunes para ambas medidas precautorias, como por ejemplo:

a) La apreciación de su procedencia con criterio restrictivo (arts. 114 in fine de la ley 19.550 y art. 225 inc. 1º del Código Procesal);

b) El contenido de la resolución que designe a ambos funcionarios, que deberá determinar la misión que ellos deben cumplir y el plazo de duración que solo podrá ser prorrogado por resolución fundada (arts. 115 segundo párrafo de la ley 19.550 y art. 225 inc. 3º del Código Procesal);

c) La necesidad de prestar contracautela para responder por los perjuicios que dichas medidas pueden ocasionar (art. 116 de la ley 19.550 y art. 225 inc. 4º del Código Procesal);

d) Las pautas de actuación previstas por el art. 226 del Código Procesal, que son aplicables al interventor informante y al veedor judicial; e) El régimen de regulación de honorarios que es común para ambas medidas cautelares (art. 227 del Código Procesal).

Esquemáticamente expuesto, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha aceptado la designación de un interventor informante en los siguientes casos:

1. Cuando han sido varios los requerimientos cursados por carta documento a la sociedad demandada a fin de hacerse el actor de la información necesaria para conocer el estado actual del desenvolvimiento de los negocios sociales, apareciendo adecuada la aplicación del art. 224 de la ley 19.550 pues no implica una intromisión desmedida en los órganos de la entidad demandada⁽⁴⁶⁴⁾.

2. Cuando la asamblea que ha designado al nuevo directorio no habría sido legalmente convocada, dado que no se habrían realizado las publicaciones pertinentes, con lo cual los actores, que revestirían la condición de accionistas de la sociedad demandada, no habrían podido participar de dicho acto no ejercer los derechos que le competen⁽⁴⁶⁵⁾.

Por el contrario, nuestros tribunales —y a nuestro juicio equivocadamente— no han hecho lugar al pedido de designación de un interventor informante cuando lo que se pretendía era obtener información acerca de hechos ocurridos en ciertas sociedades —algunas no demandadas—, para demostrar una determinada modalidad de actuación que el actor atribuye al demandado, pero que resultan ajenos a la finalidad de las medidas cautelares, pues se ubican en el ámbito probatorio⁽⁴⁶⁶⁾, y con la misma filosofía, tampoco se admitió la procedencia de la medida prevista por el art. 224 del Código Procesal en una tercera sociedad, supuestamente integrada por los mismos directores que la sociedad donde aquel forma parte, aclarando el tribunal que ello no importa privar a la actora del derecho de obtener la información necesaria para demandar correctamente, al estar disponible para él la vía prevista por el art. 323 del Código Procesal⁽⁴⁶⁷⁾.

§ 6. El interventor recaudador

Se trata de una especie de intervención judicial, previsto por el Código Procesal en el art. 223, el cual dispone que a pedido de acreedor y a falta de otra medida cautelar eficaz o como complemento de la dispuesta, podrá designarse a un interventor recaudador, si aquella debiere recaer sobre bienes productores de rentas o frutos y su función se limita exclusivamente a la recaudación de la parte embargada, sin injerencia alguna en la administración.

Como el lector habrá advertido, más que una medida cautelar, la designación de un interventor recaudador constituye una forma de ejecutar un embargo sobre sumas de dinero del deudor, cuando la percepción de éstas dependa del ingreso de fondos en el negocio del ejecutado. Con otras palabras, la medida cautelar prevista en el art. 223 del Código Procesal procede cuando se trata de materializar la recaudación sobre bienes productores de renta o frutos, constituyendo una forma de ejecución del embargo que está sujeta a los requisitos de éste⁽⁴⁶⁸⁾.

En definitiva, esta medida tiene pues por objeto hacer prosperar el embargo sobre determinados fondos del deudor, cuando éste no puede materializarse en un solo acto, sino que requiere disponer de un lapso prolongado. De este modo, y como lo ha resuelto la jurisprudencia⁽⁴⁶⁹⁾, la intervención en los negocios y actividades del deudor constituye un medio legítimo para hacer efectiva una medida decretada contra aquel, como así también para asegurar el cobro de los créditos reclamados por la parte actora.

§ 7. Atribuciones del administrador judicial. Plazo de actuación

El art. 115, segunda parte de la ley 19.550 establece que, al momento de disponer la intervención judicial, el juez fijará la misión que deberá cumplir el funcionario designado, así como sus atribuciones, sin poder ser mayores que las otorgadas a los administradores por esta ley o el contrato social, debiendo precisar el término de la intervención, que solo puede ser prorrogado mediante información sumaria de su necesidad.

La necesidad de fundamentación de la resolución que provee favorablemente la intervención judicial salta a la vista habida cuenta su excepcionalidad, en tanto ella implica, en principio, la intervención de un tercero en la administración de la sociedad, de modo tal que aquella resolución debe contener la expresión fundada de las causas que motivaron su dictado, con indicación de los motivos para dar por cumplidos los presupuestos de las normas legales que la autoriza.

La necesaria fundamentación fáctica y legal que requiere la resolución a que se refiere el art. 115 segunda parte de la ley 19.550 no puede ser reemplazada por la mera cita de las normas que legislan a esta medida cautelar ni mediante

la transcripción literal de las mismas, lo cual —como hemos visto— sucede con suma habitualidad, al referir el magistrado, como único fundamento, el criterio restrictivo en la apreciación de la medida a que alude la última parte del art. 114. En tal sentido, el tribunal de alzada en alguna oportunidad declaró de oficio la nulidad de una resolución de primera instancia, cuando ésta exhibía vicios sustanciales que lo invalidaban como acto procesal, pues ante un pedido de intervención judicial, el juez se limitó a reproducir la norma contenida en el art. 113 de la ley 19.550, más un fundamento meramente doctrinario en punto al criterio restrictivo que debe aplicarse en la adopción de las medidas cautelares⁽⁴⁷⁰⁾, lo cual fue considerado inadmisibile por su tribunal superior.

Debe recordarse al respecto que el pedido efectuado por el actor no obliga al juzgador a coincidir con los alcances de la medida cautelar, aún estando de acuerdo con su procedencia, pues como surge del art. 204 del Código Procesal, y atento la índole de la figura prevista por los arts. 113 y 114 de la ley 19.550, el magistrado puede disponer de una medida precautoria distinta o de limitarla de acuerdo con la naturaleza del derecho que se intenta proteger. Así lo ha interpretado la jurisprudencia, cuando ha aceptado la facultad del juez de designar un veedor si el peligro en la demora y la urgencia de la suspensión del administrador social no resulta prístina del escrito de presentación⁽⁴⁷¹⁾.

La designación del plazo de actuación del interventor judicial, en cualquiera de sus formas, es un requisito esencial de la resolución que lo designa, pues la intervención judicial es una medida provisional y limitada en el tiempo, que no puede ser ordenada sine die⁽⁴⁷²⁾, de modo que vencido el término inicial y no advirtiéndose motivos para mantener la medida, corresponde dar por concluida la actuación del interventor en la sociedad demandada.

Por lo general, para la fijación del plazo de actuación del funcionario judicial, el magistrado toma en cuenta el tiempo razonable que podrá le podrá insumir para cumplir con su cometido, trátase de la presentación de uno o varios informes, dar noticia de determinada actuación u operación, la convocatoria a asamblea de accionistas, etc. Es también habitual que cuando los motivos que justifican la intervención judicial son de extrema gravedad, la designación del interventor judicial con desplazamiento de sus autoridades se disponga hasta la finalización del juicio de remoción, cuando ningún sentido tendría fijar un plazo determinado de actuación del referido funcionario, situación que se plantea, a título de ejemplo, ante los casos de vaciamiento o trasvasamiento de sociedades, desviación de la clientela de la sociedad en beneficio de otra empresa del grupo controlante, etc.

Debe retenerse que, en tanto la labor del interventor judicial se desarrolla en sede extrajudicial, el plazo fijado para el ejercicio de sus funciones se debe computar por días corridos⁽⁴⁷³⁾.

El vencimiento del plazo de actuación del administrador judicial pone fin a su desempeño, y si actor pretende la continuación de la actuación del funcionario, por entender que la misión encomendada al administrador judicial no ha sido concluida, aquel debe pedir su prórroga, explicando fundadamente los motivos por los cuales será necesario alargar la intervención del ente, a lo cual el juez solo deberá acceder para el caso de que advierta que se mantiene la existencia del peligro grave para la sociedad. Con otras palabras, en todos los casos, la prórroga de la intervención judicial se encuentra sujeto a la comprobación judicial de su necesidad.

Puede suceder que a pesar del vencimiento del plazo de actuación del administrador judicial, ello no constituya punto final de su desempeño, y ello sucede cuando las autoridades de la sociedad —tratándose de un veedor— no han colaborado con dicho funcionario. Ha sido resuelto al respecto no que no puede invocarse el transcurso del plazo fijado para la actuación del veedor, a los fines de considerar agotada la designación del mismo, cuando dicho funcionario denunció la demora de la sociedad en poner a su disposición los elementos requeridos y que su primer informe solo pudo ser puesto a disposición de las partes un mes después de presentado, por el trámite propio de la causa, y en el cual dio cuenta de una serie de irregularidades en la administración de la sociedad⁽⁴⁷⁴⁾.

Se ha discutido asimismo si la omisión del plazo de actuación del interventor judicial —en cualquiera de sus formas— determina la nulidad de la resolución respectiva o si la misma mantiene su validez, siendo susceptible de corrección posterior mediante la fijación del plazo de la actuación del funcionario, criterio éste que ha sido, con toda razón, el que la jurisprudencia ha admitido⁽⁴⁷⁵⁾.

La designación del interventor judicial, en cualquiera de sus formas, debe obviamente recaer en persona ajena al pleito, resultando inadmisibile la designación de la propia parte que requirió la medida. Por lo general, las designaciones recaen en profesionales especializados inscriptos en listas que se confeccionan al efecto ante el tribunal de alzada o alguna otra oficina dependiente del Poder Judicial, o, cuando se trata de veedores o interventores informantes, la designación recae por lo general sobre personas allegadas al magistrado y que gozan de su estricta confianza, método éste que, en la práctica, ofrece muchos más inconvenientes que ventajas.

§ 8. Efectos de la intervención judicial en cuanto al funcionamiento del órgano de gobierno de la sociedad

La designación de un administrador judicial en los términos de los arts. 113 a 117 de la ley 19.550 no desplaza jamás al órgano de gobierno de la sociedad, pues las irregularidades habidas en el seno de las asambleas o reuniones de socios encuentran remedio y cautela suficiente en los arts. 251 y 252 de la ley 19.550.

Al respecto, la jurisprudencia registra numerosos casos en donde la asamblea de accionistas o reunión de socios procedió a separar de sus cargos a los directores o gerentes cuya remoción fue requerida judicialmente con anterioridad, y que originó el pedido de intervención judicial⁽⁴⁷⁶⁾. Ello obligará al levantamiento de la medida cautelar, salvo que el reemplazo de los directores o administradores haya sido una maniobra para dejar sin efecto dicha medida, lo cual no es tampoco hipótesis infrecuente. Para solucionar el problema, el magistrado deberá investigar la seriedad del alejamiento o desplazamiento de aquellos administradores cuestionados y la vinculación de los mismos respecto a las nuevas autoridades. Del mismo modo, suele acontecer, para frustrar la medida cautelar prevista en los arts. 113 a 117 de la ley 19.550, que no obstante el desplazamiento de los administradores cuestionados, ellos conserven alguna función en la nueva administración del ente, como por ejemplo, fueran aquellos designados como gerentes generales o especiales con funciones ejecutivas (art. 270 LGS), supuesto en el cual no procedería el levantamiento de la original intervención judicial.

§ 9. La intervención judicial del órgano de fiscalización interno de la sociedad

La intervención judicial, aun cuando los hechos que la funden sean de extrema gravedad, nunca supone el desplazamiento del órgano sindical, salvo que se invoquen razones que justifiquen precaverse del obrar de los síndicos societarios⁽⁴⁷⁷⁾, como por ejemplo, frente a la complicidad evidente de este funcionario, que permitió, por acción o inacción, el daño ocurrido a la sociedad por la actuación de sus administradores.

La ley 19.550 no previó la intervención judicial del órgano de fiscalización interno de la sociedad, cuando éste no ha cumplido con sus obligaciones, a diferencia de lo que ocurre con el órgano de administración (arts. 113 a 117) y del órgano de gobierno, cuando el art. 242 de la ley 19.550 prescribe que es el juez quien designará al presidente de la asamblea cuando ésta ha sido convocada por el mismo magistrado, en los términos del art. 236 del referido ordenamiento legal.

Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido en alguna oportunidad la intervención de un tercero para que cumpla estrictamente con las obligaciones omitidas por el síndico, quien había sido requerido por un accionista, en los términos del art. 296 inc. 6º de la ley 19.550 a los fines de obtener cierta información sobre la marcha de los negocios sociales, con resultado totalmente infructuoso⁽⁴⁷⁸⁾.

La circunstancia de que el ordenamiento societario vigente no haya previsto norma alguna en materia de intervención judicial de la sindicatura o el consejo de vigilancia, no implica que un accionista o un grupo de ellos pueda requerir esa medida cautelar, cuando las actuaciones u omisiones de ese órgano pongan en peligro grave a la sociedad, como por ejemplo, cuando sus miembros exhiban una incondicional complicidad con el órgano de administración, pues nada obsta a la aplicación al caso de la medida cautelar genérica o innominada prevista por el art. 232 del Código Procesal que textualmente dispone que fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.

Por otro lado, si partimos pues de la base que el síndico puede ser judicialmente removido por justa causa, nada obsta la intervención de ese órgano de control, cuando se presentan los requisitos previstos en los arts. 113 y 114 de la ley 19.550.

Nuestra doctrina se ha pronunciado de manera elocuente a favor de la posibilidad de la intervención sindical, con el argumento de que el hecho de que la ley 19.550 guarde silencio sobre el particular, no puede llevar al intérprete a vedar una vía de protección societaria⁽⁴⁷⁹⁾.

§ 10. Legitimación residual de los administradores desplazados

Si bien la ley 19.550 contiene un importante vacío en este aspecto, la jurisprudencia ha otorgado a los administradores removidos provisionalmente la legitimación procesal para ejercer la defensa de la sociedad en la demanda de remoción promovida por un socio o accionista y que diera origen a la medida cautelar⁽⁴⁸⁰⁾. Esta doctrina judicial es discutible, si se tiene en cuenta que la intervención de la sociedad es remedio excepcional frente a la comprobación de graves transgresiones de los administradores, los cuales, no obstante, y a tenor de esta doctrina, conservan la facultad de representar a la misma.

Estimo que la demanda de remoción de los administradores, cuyos sujetos pasivos legitimados para responderla no son solo los directores cuya separación en el cargo con justa causa ha sido solicitada, sino también la sociedad misma, debe ser contestada en este último caso por el interventor judicial, pues tratándose de una acción social, esto es, promovida por el actor en defensa del interés social, nada mejor que una persona imparcial, como cabe presumir que lo es este funcionario, para evitar que la sociedad incurra en los nuevos gastos —las costas del juicio— mediante una respuesta que podría apuntar mas a la protección de los intereses personales de los administradores desplazados provisoriamente antes que a la defensa de los intereses sociales. Ello en nada perjudicará a dichos administradores, pues la protección de sus derechos de defensa queda garantizada ante la solución prevista por el art. 253 de la ley 19.550, debiendo tenerse presente que aquellos no pierden la oportunidad de ser oídos, toda vez que, se reitera, los administradores deben ser parte necesariamente en la acción de remoción promovida contra ellos.

§ 11. Desempeño del cargo por parte del administrador judicial

El interventor judicial debe desempeñar personalmente el cargo, no pudiendo delegar sus funciones y cumplir su cometido de conformidad a las pautas señaladas en la providencia que lo designe.

El art. 226, inc. 2º del Código Procesal le exige al interventor judicial, así como la necesidad de actuar personalmente en el desempeño de su función, la presentación de informes periódicos en la forma dispuesta por el juzgado y uno final al concluir el término de duración por el cual fue designado, así como evitar la adopción de medidas que no sean estrictamente necesarias para el cumplimiento de su función o que comprometan su imparcialidad respecto de las partes interesadas o puedan producirle daño o menoscabo.

Por su parte, y tratándose de un interventor o coadministrador judicial, resultan aplicables al interventor las disposiciones generales de los arts. 59, 271 a 274 la ley 19.550 que imponen concretas pautas de conducta al administrador, cualquiera fuere su investidura.

Cuando la ley habla de la necesidad de que el administrador judicial debe actuar en forma personal, no le veda la contratación de colaboradores, pero cada uno de estos nombramientos requiere siempre la previa autorización judicial, y obviamente, no lo autoriza a suplantar a todo el personal de la empresa intervenida⁽⁴⁸¹⁾.

Mucho se ha discutido sobre las facultades de los integrantes de la sociedad para cuestionar la labor del interventor judicial, en los casos en que se haya resuelto el desplazamiento de las autoridades naturales de la sociedad, habiéndose resuelto que los accionistas y directores desplazados con motivo del dictado de la medida cautelar deben abstenerse de interferir en la labor del mismo ni pueden pretender que dicho funcionario los consulte, ni pedir a las partes previa audiencia respecto de cuestiones reservadas al análisis del magistrado que lo designó, a cuya potestad se encuentra exclusivamente sometido⁽⁴⁸²⁾. No debe olvidarse, y aquí se encuentra la clave de todo lo referente a la actuación del administrador judicial, que su gestión es absolutamente independiente de las causas que motivaron su nombramiento y de la sustanciación del pleito.

Hemos ya explicado que el deber más importante que pesa sobre el administrador judicial, es el de presentar los informes periódicos que requiere el tribunal y el informe final, al concluir su cometido. Esta y no otra es la obligación de informar que pesa sobre dicho funcionario, de modo tal que los eventuales cuestionamientos que pudieran las partes efectuar a su gestión deben ser dirimidas y resueltas en oportunidad de presentar dichos informes, siendo improcedente

que las partes reclaman del interventor judicial otra rendición de cuentas que no sea la presentación de esos informes, con las aclaraciones y ampliaciones que fueran solicitadas ni que procedan a cuestionada cada una de las actuaciones u operaciones celebradas por éste.

Es al respecto reiterada la jurisprudencia en el sentido de que la justicia no debe convertirse en revisora de cuanta decisión adopte el administrador judicial, pues como auxiliar y como tenedor de la atribución conferida normalmente al directorio, responde de su gestión, pero no es supervisable aisladamente cada acto suyo. De otra manera no sería realmente un administrador, sino un agente de la administración, que concluiría siendo llevada a cabo directamente por el órgano judicial, consecuencia que ninguna doctrina ha imaginado como adecuada⁽⁴⁸³⁾.

Cabe preguntarse si el peticionante de la intervención judicial, favorablemente proveída, es responsable por los daños y perjuicios causados a la sociedad por las desacertadas decisiones que pudiere haber adoptado el interventor judicial y la respuesta ha sido siempre negativa, pues se trata de conductas propias del interventor, quien es responsable exclusivo de su propia actuación, y cuyos parámetros lo brinda la diligencia y lealtad de un buen hombre de negocios (art. 59 de la ley 19.550) y no las instrucciones del socio que pidió la medida. Así lo ha resuelto nuestros tribunales, aunque dejando a salvo que ello vale como principio general, que, como tal, puede presentar excepciones que requerirán de invocación y prueba específica⁽⁴⁸⁴⁾.

Como hemos explicado, la actuación del interventor judicial debe limitarse en principio a los actos ordinarios de administración, y si debiera incurrir en gastos extraordinarios, ellos deben ser autorizados por el juez, previo traslado a las partes, salvo cuando la demora pudiere causar perjuicios, en cuyo caso el interventor deberá informar al juzgado, dentro del tercer día de realizados (art. 225 del Código Procesal).

¿Qué deben entenderse por gastos extraordinarios? Ellos son todas las erogaciones o contrataciones que excedan el giro habitual de los negocios de la empresa intervenida, pero ello no significa necesariamente que deba continuar la política empresarial de sus antecesores, cuya remoción, a través de la medida cautelar en análisis bien pudo obedecer a falta de idoneidad de los mismos. Nuestros tribunales se han orientado en la casi generalidad de las veces en favor de la capacidad del interventor y no a la inversa, habiéndose resuelto que la contratación de una auditoría —para ordenar contablemente a la sociedad— no constituye gasto extraordinario en los términos del art. 225 del Código Procesal⁽⁴⁸⁵⁾.

Como es lógico, la conducta del administrador judicial está sólo sujeta a las instrucciones del juez y no a la deliberación de los socios, cuya conducta escapa a la competencia de la asamblea o reunión de socios, los que carecen de facultades para resolver sobre su responsabilidad.

Finalmente, el art. 225 del Código Procesal en su última parte autoriza al funcionario judicial a designar auxiliares previa autorización del juzgado, designación que no puede obviamente recaer en ninguno de los administradores removidos precautoriamente, pues ello compromete su imparcialidad constituyendo válida causa de remoción por ejercicio abusivo de su cargo, en los términos del art. 227 del Código Procesal, que lo sanciona con la pérdida de su derecho a cobrar los honorarios por la labor desarrollada hasta entonces.

§ 12. Remoción del administrador judicial

Los administradores judiciales, en cualquiera de sus modalidades, pueden ser removidos de sus respectivos cargos por mal desempeño de sus funciones, pero ello, de manera alguna y como lo ha resuelto la jurisprudencia, autoriza a dejar sin efecto la intervención judicial, ya que en todo caso corresponde proceder a su reemplazo, si eso así fuera menester, por mal podría ello acarrear la revocación de la intervención⁽⁴⁸⁶⁾.

Las imputaciones formuladas contra el interventor judicial, coadministrador o veedor deben ser concretamente fundadas y vertidas en forma objetiva respecto de hechos o conductas reprochables que contra este funcionario se adjudican, siendo insuficientes los agravios subjetivos, reproches personales y pareceres sobre la conveniencia de otra conducta, diversa de la adoptada por el funcionario⁽⁴⁸⁷⁾. La falta de cumplimiento de sus funciones constituye justa causa de remoción del administrador judicial, pero los tribunales comerciales han descartado esa posibilidad cuando se trata solo de cierta demora en informar a la causa las gestiones que dicho funcionario venía cumpliendo en ejercicio de la función que se le encomendara⁽⁴⁸⁸⁾.

Una cuestión que mereció mucha repercusión en el ámbito forense lo constituyó la doctrina judicial sentada en el caso "Gran Vía Sociedad Anónima c/ Northern Lauzen Sociedad Anónima y otro s/ ordinario, Incidente de remoción del interventor judicial", resuelto por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 7 de noviembre de 2005. Se trataba de un abogado que había sido designado como interventor judicial en una sociedad comercial por un magistrado, en cuyo juzgado aquel desarrollaba una intensa actividad en el ejercicio de su profesión, actuación que colisionaba con lo dispuesto por el art. 8º de la ley 23.187, conforme al cual no pueden ejercer la profesión de abogado en la Ciudad de Buenos Aires, por incompatibilidad, quienes ejerzan las profesiones de contador público, martillero o cualquier otra actividad considerada auxiliar de la justicia, aunque limitándose la incompatibilidad a la actuación ante el tribunal o juzgado en que hayan sido designados como auxiliares de la justicia y mientras duren sus funciones.

Absuelto en primera instancia, el tribunal de alzada revocó este pronunciamiento entendiendo procedente su remoción del cargo de interventor judicial, pues éste no podía desconocer la incompatibilidad en el desempeño de ese cargo judicial con el ejercicio de la abogacía. Se sostuvo asimismo que no resulta razonable que quien fue honrado con la designación de auxiliar del juez, intervenga en el mismo juzgado como letrado apoderado de algún litigante, so riesgo de generar la creencia de encontrarse en una mejor posición que el resto de los letrados intervinientes. Se sostuvo asimismo que el interventor judicial, en tanto auxiliar externo del magistrado que lo designó, debe evitar conductas que comprometan su imparcialidad, en tanto la administración judicial afecta su buen nombre y seriedad de la justicia, y en tal contexto, no es con un prisma de ritualismo riguroso como debe apreciarse la remoción del administrador judicial, sino que es necesario ponderarla a la luz de principios fundamentales, tanto jurídicos como éticos, a las que está sujeta la actuación de los auxiliares de los jueces.

Si el administrador judicial es removido por graves motivos que aluden a un ejercicio abusivo en el cumplimiento de la labor encomendada, no puede ser retribuido por un trabajo que presentó esas características. Si la remoción obedeció a una actuación negligente del referido funcionario, debe ser el juez quien deberá tener en cuenta esas circunstancias al momento de efectuar la correspondiente regulación de honorarios (art. 227 del Código Procesal).

§ 13. Revocación asamblearia del mandato de los administradores removidos provisoriamente como consecuencia de la designación de un interventor judicial

La separación de sus cargos por parte de la asamblea de accionistas, con respecto a los administradores o directores desplazados de sus funciones como consecuencia de la intervención judicial, y la designación de sus reemplazantes, constituye otra causa de cesación de la actuación de los funcionarios judiciales, y así lo ha interpretado la jurisprudencia, con el argumento de que dicha circunstancia altera los presupuestos de la acción de remoción intentada, en tanto no puede dudarse que ella ha perdido actualidad, por desaparición del presupuesto fáctico jurídico de la acción, cual es, el de que la persona cuya remoción se persigue, ejerza la titularidad del cargo del que quiera privárselo⁽⁴⁸⁹⁾.

La doctrina judicial aludida merece algunos reparos, pues si la intervención judicial fue ordenada como consecuencia de la promoción de una acción de remoción promovida por uno o más accionistas, quienes debieron iniciar una acción social ante el desinterés o indiferencia del directorio y del órgano de gobierno, el mero reemplazo por el grupo mayoritario de las personas que integraban el directorio se asemeja más a una mera medida de maquillaje adoptada por el grupo de control que a una reacción de la asamblea de accionistas hacia los administradores cuya irregular actuación desembocó en una intervención judicial. Entiendo que, ante tal circunstancia, la intervención plena debería ser reemplazada por una veeduría, a los fines de obtener información concreta sobre la actuación de los nuevos integrantes del órgano de administración, pero de todos modos, el cese en su desempeño por los directores desplazados como consecuencia de una decisión asamblearia, no importa causal exonerativa de la responsabilidad que pudiere corresponderle.

§ 14. Regulación de los honorarios del interventor judicial

Al tema de los honorarios del interventor judicial se refiere el art. 227 del Código Procesal, y los arts. 15, 16 y 51 de la ley 21.839, de Aranceles para Abogados y Procuradores.

Si bien el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550 hace referencia al "asiento" o a la "representación permanente", que en puridad son conceptos diferentes, carece de toda importancia definirlos, distinguirlos o diferenciarlos del concepto de sucursal, pues lo que ha querido el legislador, y en ello coincidimos con Vítolo ⁽⁵⁴³⁾, para quien éste no ha querido darle expresamente un contenido específico a esas formas de descentralización empresarial, sino incorporarla a la enumeración ejemplificativa legal que denota permanencia y habitualidad de la actividad de la sociedad externa en territorio de la República Argentina.

Reviste especial importancia no confundir los conceptos de filial con sucursal, que son dos instituciones muy diferentes. La filial es una sociedad jurídicamente independiente de la llamada sociedad madre; es una sociedad provista de personalidad jurídica, un centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, dotada de un patrimonio propio, regida por sus propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y administración. En definitiva, la filial se distingue nítidamente de la sucursal, pues aquella es una sociedad distinta e independiente, jurídicamente, de la sociedad madre. La sucursal, en cambio, es una mera prolongación o irradiación del establecimiento principal con una relativa autonomía de gestión, pero subordinada jurídica y económicamente a la sede principal⁽⁵⁴⁴⁾.

La ley 19.550 hace referencia al concepto de filial en el art. 123, cuando se refiere a la capacidad de la sociedad constituida en el extranjero para constituir una sociedad en la República, requiriendo también el legislador la inscripción de la sociedad foránea en el Registro Público de Comercio, aunque con menos requisitos que los exigidos para la instalación de una sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente.

Como ha sido sostenido por la Inspección General de Justicia, en el caso "American Screw de Argentina Sociedad Anónima", del año 2004, la clave principal para entender las diferencias entre la sucursal y la filial, en lo que se refiere a la protección de los acreedores nacionales, radica en la diferente responsabilidad patrimonial que le corresponde a una y a otra: la sucursal, como expresión de la descentralización de la casa matriz, no puede afectar al acreedor, cuyos derechos no se hallan restringidos a ser hecho efectivos únicamente sobre bienes colocados en territorio nacional, mientras que la sociedad filiar responderá ante terceros con los bienes y efectos que integran su patrimonio, sin extender —siempre en principio— la responsabilidad patrimonial por las deudas contraídas a quienes son sus socios o accionistas.

§ 12. El caso "Coca Cola FEMSA de Buenos Aires Sociedad Anónima"

Puede ocurrir que una sociedad constituida en el extranjero que tenga intenciones de instalarse en la Argentina, a los fines de realizar ejercicio habitual de su actividad empresarial, en lugar de instalar una sucursal, con las consecuencias que ello deriva, en orden a la responsabilidad de la casa matriz por las deudas de la sucursal, participe en la constitución de una sociedad filial argentina, de la cual aquella es titular del 99,99% del paquete accionario de ésta. Ello le permitirá a la casa matriz eludir cualquier responsabilidad patrimonial que se le pretenda endilgar, pues ante el menor reclamo de un acreedor de la filial argentina, le bastará invocar su carácter de integrante de dicha sociedad, así como su responsabilidad limitada a las acciones o cuotas que es titular, para eludir la responsabilidad que le hubiera correspondido afrontar en caso de haber instalado una sucursal, agencia, asiento o cualquier otra representación permanente.

Es obvio que una filial argentina en donde la casa matriz extranjera participa de la casi totalidad del capital social de aquella, no es una verdadera filial, pues para tenerla por configurada se requiere una verdadera asociación entre los distintos integrantes de la sociedad nacional participada. Se trata, por el contrario, de una sucursal disfrazada de filial, que impone al registrador mercantil encuadrarla dentro del art. 118 de la ley 19.550, para evitar que esa conveniente calificación pueda perjudicar los intereses de quienes han contratado con ella.

Tal es lo que sucedió en el caso "Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima", la cual requirió la inscripción de un determinado acto asambleario en el Registro Público, a cargo de la Inspección General de Justicia. La representante era una sociedad filial argentina, cuyos integrantes era una sociedad extranjera, como titular de la cantidad de 52.694.431 acciones de un total de 52.694.432 acciones, estando la restante acción en manos del representante argentino de la referida entidad foránea. Con otras palabras, la sociedad extranjera era titular del 99,9999 por ciento del capital social de la controlada nacional.

Efectuado el correspondiente control de legalidad del acto cuya inscripción fue requerida, el Organismo de Control advirtió la composición accionaria de la supuesta sociedad filial argentina, rechazando la inscripción del referido acto asambleario, por entender que ello implicaba una verdadera desnaturalización —o abuso— del concepto mismo de filial, que supone la constitución o integración de una verdadera sociedad comercial, con pluralidad real o sustancial de

integrantes. Admitir lo contrario, entendió la Inspección General de Justicia, implicaría convalidar un artilugio legal, sumamente perjudicial para los intereses de quienes se vinculan con dicho ente, que carecerían de todo derecho para perseguir a la casa matriz por las obligaciones contraídas en territorio nacional por la filial argentina, cuando en la materialidad de las cosas esta entidad no era otra cosa que una mera sucursal, dependiente totalmente de la política comercial de la falsa controlante externa. Efectuada la observación por la Inspección General de Justicia y conferida la vista a la sociedad peticionante, la sociedad filial "Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima" consintió la resolución IGJ 1632 del 15 de diciembre de 2003, recomponiendo en un plazo razonable la pluralidad sustancial de accionistas y obteniendo finalmente la inscripción pretendida.

§ 13. Sobre el cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550

Cabe formular las siguientes aclaraciones a los requisitos exigidos por el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550.

a) Cuando la norma se refiere a la necesidad de justificar la decisión de crear la representación en nuestro país, no se refiere a autorización alguna por parte de la autoridad de control ni la necesidad de demostrar la conveniencia de que deban justificarse las razones por las cuales se crea esa representación o sucursal, sino que la ley se refiere a la acreditación por la sociedad extranjera, de la documentación social de la misma con la cual consta la necesidad de crear la representación en la República Argentina. Por tales razones, se ha resuelto que no procede la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, cuando la documentación acompañada a los fines e justificar su instalación en la República Argentina —acta de asamblea— se refiere a la enajenación de un inmueble de la sociedad, sin ninguna otra referencia a la aplicación del resultado de dicha operación a actividades futuras comprendidas en el objeto de la sociedad y susceptibles de ser llevadas a cabo fuera del país donde la misma fue constituida⁽⁵⁴⁵⁾.

b) Para la fijación del domicilio en la República, debe entenderse que el legislador se refiere al domicilio como dirección precisa y determinada y no a la jurisdicción donde la representación de la sociedad constituida en el extranjero se hubiese instalado. No debe olvidarse que no se trata —la sucursal, asiento o representación— de una persona jurídica, sino de una descentralización de la casa central, por lo que no cabe al respecto diferenciar entre domicilio y sede social.

c) Las formalidades de publicidad e inscripción de la instalación de la entidad foránea deben llevarse a cabo conforme a las normas de la ley 19.550. Es decir, que las sociedades extranjeras cuya registración se solicite deben cumplir con la publicación de edictos prevista por el art. 10 de dicha ley, sólo si su tipo social es de aquellos a los cuales el ordenamiento legal les requiere tal publicidad. Del mismo modo, están sometidas a tal publicidad las sociedades extranjeras previstas por el art. 119, esto es, las de tipo desconocido en el país.

d) La inscripción en el Registro Público de Comercio de la designación de la persona que estará a cargo de la sucursal, asiento o representación asume especial importancia en torno a la seguridad jurídica de las operaciones que la sociedad extranjera pudiera celebrar en nuestro medio. Esta registración venía impuesta además por el derogado art. 36, inc. 4º del Código de Comercio, y es precisamente al representante de dicha sociedad a quien debe hacerse el emplazamiento en caso de acción judicial contra la misma (art. 122 de la ley 19.550).

e) Finalmente, la necesidad de dotar de un determinado capital a la sucursal instalada en la República, no es requisito insoslayable para la inscripción de la sociedad constituida en el extranjero, sino solo cuando ello fuera necesario, por imposición de leyes especiales (bancos, compañías de seguros).

§ 14. El certificado de vigencia exigido por la ley 8867

Un problema interesante es el planteado por la doctrina en lo relativo a la exigencia del certificado que el art. 2º de la ley 8867 exigía a las sociedades extranjeras que deseaban instalar sucursal o representación en el país, mediante el cual acreditaban que su país de origen admitía la reciprocidad.

En relación con este documento, algunos autores consideran subsistente su vigencia, pues la ley 19.550 no incluye la ley 8867 en la enumeración de los cuerpos legales derogados⁽⁵⁴⁶⁾. Por mi parte adhiero a la posición contraria, sostenida

por autorizada doctrina⁽⁵⁴⁷⁾, en base a los siguientes argumentos: a) la ley 8867 era complementaria de los arts. 285 y 287 del Código de Comercio, que sí se encuentran expresamente derogados por la ley 19.550; b) dicha ley tenía su razón de existencia en el sistema de la autorización concedido por el Poder Ejecutivo a las sociedades extranjeras que establecieran sucursal, agencia o representación en el país, pero resulta inaplicable en el actual sistema normativo de la ley 19.550 y, c) por último, la circunstancia de que la ley 18.805 sobre organización de la Inspección General de Personas Jurídicas haga expresa referencia a la ley 8867 en su art. 3.4.1 no aporta un argumento decisivo, como se pretende; en primer lugar, por tratarse de una ley anterior a la 19.550, y actualmente, por haber sido derogada por la ley 22.315, que en su art. 8º, ninguna referencia hace al certificado de reciprocidad.

§ 15. Facultades de la Inspección General de Justicia en torno al control de las sociedades constituidas en el extranjero que operan en el país

Teniendo especialmente en consideración el interés público y las razones de soberanía comprometidos en la actuación de la sociedad extranjera en la República Argentina, la Inspección General de Justicia, en uso de las facultades otorgadas por la ley 22.315, deberá controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 118 de la ley 19.550, fiscalizar asimismo en forma permanente el funcionamiento, disolución y liquidación de las agencias y sucursales de sociedades constituidas en el extranjero, y ejercer las facultades y funciones enunciadas en el art. 7º de la misma, es decir, conformando el contrato constitutivo, sus reformas y reglamentos, controlar las variaciones de capital, su disolución y liquidación, la aprobación de la emisión de debentures, y solicitar, cuando correspondiere, al juez competente en materia comercial del domicilio de las sociedades, las medidas previstas por el art. 303 de la ley 19.550 (art. 7º, incs. a), b), c), e), y f), ley 22.315).

§ 16. Incumplimiento de las prescripciones establecidas por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550. Situación legal de la sociedad extranjera infractora

Varias han sido las soluciones sugeridas por la doctrina y la jurisprudencia ante la comprobación de la infracción a lo dispuesto por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550:

a) La aplicación al caso de la nulidad dispuesta por el art. 16 de la ley 19.550

En primer lugar, y referido al supuesto del art. 123 de la ley societaria, ha sido sostenido que en las relaciones internas entre la sociedad extranjera partícipe y la sociedad nacional participada, rige para aquélla lo dispuesto por el art. 16 de la citada ley, por lo que la registración prevista por aquella norma obraría como un supuesto de capacidad del ente extranjero y la inacción como un supuesto de nulidad parcial o total, según el grado de participación del ente foráneo⁽⁵⁴⁸⁾.

No coincido con esta aislada corriente de opinión, que colisiona con el principio general previsto por el art. 118, 1ª parte de la ley 19.550, conforme al cual la capacidad de las sociedades extranjeras se rigen por la ley del país de origen. En consecuencia, si no existe vicio en la constitución de la sociedad nacional participada, mal puede aplicarse lo dispuesto por el art. 16 de dicha normativa.

b) Consideraciones de la sociedad extranjera no inscripta como sociedad irregular o de hecho

Ésta fue quizás la tesis más difundida en nuestro medio, al menos hasta la sanción de la ley 26.994, que modificó totalmente el régimen de la irregularidad societaria, y que contó con abundante respaldo doctrinario y jurisprudencial⁽⁵⁴⁹⁾. Dicha doctrina se encuentra inspirada en esa antigua y generada creencia de que toda infracción a las cargas registrales por un ente colectivo genera necesariamente una sociedad no constituida regularmente.

Tampoco coincidimos con tal calificación, pues la regularidad o irregularidad es cuestión incluida dentro de los conceptos de "existencia y forma" referidos por el art. 118 de la ley 19.550 que se encuentra sometida a la legislación del país de origen de la sociedad extranjera. Tampoco existe a nuestro juicio posibilidad de calificar a la sociedad extranjera como regular para todos los efectos e irregular para su actuación en nuestro país, cuando la misma carece de la

registración mercantil impuesta por las leyes locales, pues el concepto de irregularidad, cuando se trata de la calificación de un sujeto de derecho, no parece divisible ni susceptible de ser aplicado en forma parcial⁽⁵⁵⁰⁾.

No faltará hoy quien sostenga hoy que las normas de la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, al comprender en su seno, a toda clase de sociedades que no se ajustan a los tipos de la ley general de sociedades, y gozar sus integrantes de un amplio y generoso régimen de oponibilidad del contrato social, así como un inmerecido régimen de mancomunado de responsabilidad, ello será totalmente aplicable a los integrantes y representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, pero hemos visto, esta doctrina debe ser descartada, pues mediando fundamentalmente razones de soberanía en las exigencias previstas por los arts. 118 y 123, no es congruente que quienes omitieron cumplir con dicho procedimiento inscriptorio puedan ser hoy beneficiarios del régimen previsto por los arts. 21 a 26 de la ley 19.550.

c) Responsabilidad del representante de la sociedad extranjera por los actos en que haya intervenido en el territorio de la República

Esta tesis, que cuenta con la adhesión de autores como Fortín, Barrau y Eduardo Roca⁽⁵⁵¹⁾, encontró un importante respaldo en la XXV Convención Notarial, celebrada en el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, durante el mes de agosto de 1997, oportunidad en la cual se aprobaron, entre otras, las siguientes conclusiones:

1. La sociedad constituida en el extranjero que realiza habitualmente actos comprendidos en su objeto sin registrarse de acuerdo a lo dispuesto por el art. 118 de la ley 19.550 no es una sociedad irregular.

2. Esta sociedad, independientemente de su inscripción y en virtud de la validez de los actos celebrados a) queda obligada y legitimada para accionar y reclamar, sin que los contratantes puedan invocar la inexistencia de la obligación por falta de registración; b) puede oponer limitaciones y defensas provenientes de sus estatutos si diera a conocer a los terceros cartularmente el texto de los mismos; c) el representante de la sociedad queda obligado ilimitada y solidariamente en los actos de que haya intervenido en el territorio de la República.

Estimo que la tesis que expuesta, en el sentido de que la infracción a la carga registral impuesta por dichas normas a las sociedades extranjeras pueda generar exclusivamente la responsabilidad patrimonial, ilimitada y solidaria del representante de dicha entidad, por los actos celebrados en la República, no parece corresponderse con la finalidad que inspira a los arts. 118 y 123 de la ley 19.550 ni a los intereses generales que se han querido proteger. Las razones de mi disenso con esta corriente de opinión son las expresadas en los párrafos anteriores, que se reiteran a los fines de evitar toda confusión:

a) La registración exigida por la ley 19.550 a las sociedades extranjeras no se funda exclusivamente en razones patrimoniales sino y básicamente, en principios de soberanía y control, que por obviedad trascienden el interés económico de quienes se vinculan con aquéllas. Restringir la cuestión a fundamentos meramente patrimoniales implica ignorar el fundamento mismo de tal registración, claramente expuesta por los legisladores en la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades.

b) Las conclusiones que en tal sentido se expusieran en las XXV Jornadas Notariales suponen también una inadmisble desigualdad de trato entre las sociedades extranjeras y las sociedades constituidas en el país, desigualdad que fuera expresamente descalificada por los mismos legisladores de 1972, según lo expresaron en la Exposición de Motivos de la ley 19.550, pues mientras que para las primeras el incumplimiento de la carga registral sólo anejaría como consecuencia la responsabilidad personal de su representante, según las conclusiones de la referida Convención Notarial, para las segundas la sanción consistía —a la fecha en que dichas tesis fueron expuestas— en la irregularidad societaria, que conlleva sanciones mucho más graves que la mera respuesta personal e ilimitada de quien ha representado al ente foráneo (arts. 21 a 26, ley 19.550).

c) Por otra parte, la infracción de la carga registral impuesta por los arts. 118 y 123 de la Ley de Sociedades no es responsabilidad exclusiva de la persona a cuyo cargo está la representación de la sociedad extranjera en el país, sino de las autoridades naturales de la misma (art. 118, inc. 3°, LS), por lo que la conclusión de la XXV Jornada Notarial, que predica lo contrario, resulta mezquina hacia los terceros y demasiado generosa hacia quienes han ignorado una carga impuesta y fundada en evidentes razones de orden público.

d) Del mismo modo, la sanción sugerida por esta corriente de opinión a las sociedades extranjeras no inscriptas carece de toda virtualidad para el caso de no existir perjuicios económicos para los terceros, hipótesis que resulta sencillamente impensable cuando se encuentran en juego razones de soberanía e interés general.

e) Finalmente, y aunque ello no constituya un argumento fundado en razones eminentemente legales sino fácticas, las conclusiones arribadas por la XXV Convención Notarial no protegen en definitiva a nadie, pues bastaría a la sociedad extranjera recalcitrante en la realización de sus trámites inscriptorios, designar un representante insolvente para la actuación de dicha sociedad en territorio de la República (como por habitualidad sucede con las tristemente sociedades off shore) para enervar cualquier reclamación de terceros en tal sentido.

d) La opinión del profesor Eduardo M. Favier Dubois (h)

Sostiene este autor, siembre en vigencia del texto original de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550, con una interpretación más abarcadora del problema⁽⁵⁵²⁾, que para analizar los efectos de la carencia registral de las sociedades extranjeras deben distinguirse varios planos:

1) En cuanto a la sociedad extranjera en sí, se lo aplicarán las reglas de la sociedad irregular en su actuación local;

2) En lo que respecta al vínculo social interno de la sociedad participada, se regirá por las disposiciones del art. 16, en tanto la inscripción del art. 123 obra como recaudo de capacidad para formar parte de la sociedad;

3) Con relación a la decisión en que participó la sociedad extranjera no inscripta en la sociedad local, ella se considerará invalidada, pero dependiendo la validez del acto en la posibilidad de alcanzar sin ella los presupuestos legales;

4) Con respecto a la sociedad participada en sí, sin perjuicio de lo referido en el punto 2), sujeta a eventuales sanciones de la autoridad de contralor, en la medida de la gravitación de la extranjera no inscripta sobre la sociedad nacional.

e) La inoponibilidad de la actuación de la sociedad extranjera no inscripta en la República

Ésta es la tesis a la que se arribara por unanimidad en el X Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la ciudad de Salta entre los días 9 a 11 de octubre de 1997 y a la cual adherí y adhiero actualmente, pues tal consecuencia resulta coherente con nuestra legislación mercantil en general ante el incumplimiento de la carga de matriculación o inscripción de actos y documentos, a pesar del generoso trato que hoy el derecho societario argentino le dispensa a las sociedades locales no constituidas regularmente.

Un simple repaso de las registraciones exigidas por nuestro ordenamiento comercial, y más allá de la derogación del Código de Comercio, como consecuencia de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en el año 2015, nos lleva a la conclusión de que el incumplimiento de dicha carga es sancionada con la inoponibilidad o ininvocabilidad a terceros del acto sujeto a inscripción o la actuación del sujeto de derecho cuya matriculación es requerida.

Bastan los siguientes ejemplos:

a) Los corredores no matriculados no tienen acción para cobrar comisión de ninguna especie (art. 33 último párrafo de la ley 20.266, lo cual implica la inoponibilidad de su actuación al comitente a los efectos de la obtención de su remuneración.

b) La transferencia de fondos de comercio no inscripta en infracción a lo dispuesto por la ley 11.867 resulta inoponible a los terceros acreedores del vendedor o enajenante (arts. 2° y 7°, ley cit.).

c) El contrato de prenda con registro no inscripto en el Registro de Créditos Prendarios no produce efectos hacia los terceros (art. 4°, ley 12.962), etcétera.

d) Entrando de lleno en el negocio societario, bien es cierto que, luego de la sanción de la ley 26.994, las sociedades nacionales no inscriptas en el Registro Público quedan sometidas al régimen previsto por la Sección IV del Capítulo I de la ley 19,550, que prevén la oponibilidad del contrato constitutivo a terceros, en la medida que la sociedad pruebe que los terceros lo conocieron efectivamente, esta es solución inaplicable a las sociedades constituidas en el extranjero no inscriptas en los registros mercantiles locales, pues el fundamento de requerir dicha carga a las personas jurídicas foráneas es mucho mas transcendente que el requerimiento de registración efectuado a las sociedades locales.

Conviene transcribir las conclusiones que, por unanimidad, fueron arribados por los asistentes al X Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en la Ciudad de Salta entre los días 9 al 11 de octubre de 1997, y que, como se verá, tuvo amplia recepción por la jurisprudencia judicial y administrativa:

1) La trascendencia que implica la registración de sujetos y actos societarios, cuando ella está impuesta por la ley, obliga a todos los intervinientes en la celebración y otorgamiento del acto a su cumplimiento.

2) En el caso de actuación en nuestro país de sociedades constituidas en el extranjero, resulta recomendable incluir en el acto la manifestación del representante de la sociedad sobre el carácter aislado o no del mismo.

3) La sociedad constituida en el extranjero no inscripta, que realice actos habituales o, participe en sociedades constituidas en el país, carece de legitimación para invocar su actuación en la República, hasta tanto cumpla las cargas registrales impuestas por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550.

Uno de los tantos aciertos de las conclusiones arribadas por el X Congreso Nacional de Derecho Registral de Salta, celebrado en el año 1997 en torno a la problemática que nos ocupa consiste en no caer en el error de considerar a las sociedades extranjeras no inscriptas que actúan habitualmente en el país como sociedades irregulares o de hecho, con lo cual se evita la aplicación de la normativa prevista por los arts. 21 a 26 de la ley 19.550, debiendo recordarse que la ininvocabilidad a terceros de sus actuaciones que, por ley debieron ser inscriptas en los registros públicos, trasciende el ámbito societario, para comprender, como vimos, otro tipo de relaciones jurídicas, como las leyes 20.266, 12.962 y 11.867, configurándose ello un claro principio de derecho mercantil.

Compartiendo en un todo las conclusiones arribadas por el X Congreso Nacional de Derecho Registral, entiendo aplicable a las sociedades extranjeras no inscriptas en la República Argentina las lógicas consecuencias que acarrea la falta de inscripción de todo acto, documento o actuación en el Registro Público de Comercio, cuando la ley ha impuesto esta carga en forma obligatoria.

Si se tiene en cuenta que el efecto fundamental de la inscripción en el Registro Público de un acto sometido por la ley a esa carga es la oponibilidad a los terceros de ese acto, en tanto el fin de los registros mercantiles consiste precisamente en la publicación del mismo⁽⁵⁵³⁾, fácil es concluir que el incumplimiento de esa carga no puede ser otro que la inoponibilidad del acto o de la actuación no inscripta, que en el caso en análisis consiste en la inoponibilidad en nuestro país del ente extranjero que ha incumplido con las exigencias previstas en los arts. 118 y 123 de la ley 19.550.

Debe tenerse también presente que es precisamente por la falta de inscripción en el Registro Público de Comercio de la constitución de una sociedad mercantil nacional, que la ley la reputa como irregular o de hecho, y que, entre otras consecuencias le impide a la misma promover cualquier acción contra terceros que se funde en el contrato social. Ello es efecto propio de la inoponibilidad del instrumento carente de registración y tal ininvocabilidad —se recuerda—, no es característica de las sociedades no constituidas regularmente sino la consecuencia —o sanción— lógica del incumplimiento de la carga inscriptoria provista por el legislador (art. 7º, ley 19.550).

Por ello constituye un grave error asimilar a las sociedades extranjeras no inscriptas con las sociedades irregulares o de hecho, pues la circunstancia de que la inoponibilidad de la actuación de éstas se encuentre prevista por la normativa que la ley 19.550 le dedica a estas últimas, no implica considerar irregular a toda sociedad que no haya incumplido con tal carga, máxime cuando el legislador se ha preocupado muy bien de precisar la legislación aplicable a las sociedades extranjeras, en cuanto a su existencia y forma.

Con otras palabras, las consecuencias que trae aparejada para la sociedad extranjera no inscripta con actuación en la República es sólo la inoponibilidad de su actuación frente a terceros y por ello dicha sociedad no podrá, en el caso provisto por el art. 123 de la ley 19.550, ejercer sus derechos de socia en la entidad participada, hasta tanto no cumpla con la carga registra' prevista en dicha norma. Ello no afecta el funcionamiento de la sociedad nacional participada, en la medida que no corresponde considerar la intervención de la partícipe extranjera no inscripta a los fines del quórum en las asambleas o reuniones de socios, y por lógica consecuencia, la participación de la sociedad extranjera no inscripta en la asamblea o reunión de socios determinará la nulidad de las decisiones adoptadas en ella, en la medida que su voto hubiera sido decisivo para la aprobación del acuerdo, sin perjuicio de las eventuales sanciones de la autoridad de control en la medida de la gravitación de la sociedad extranjera no inscripta sobre los acuerdos de la sociedad nacional participada⁽⁵⁵⁴⁾.

Bien es cierto que, en materia de sociedades irregulares y de hecho, así como en las restantes sociedades incluidas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, el legislador permite expresamente a estas sociedades la plena invocación del contrato social entre socios y terceros, pero ello de manera alguna enerva las conclusiones expuestas en la medida que:

a) No es aplicable a las sociedades extranjeras no inscriptas la normativa prevista para la irregularidad societaria en su totalidad ni aquella puede considerarse una sociedad irregular o de hecho.

b) Las razones que justificaron tal solución, expuestas claramente por Halperin⁽⁵⁵⁵⁾, y que se fundan en la buena fe y en la seguridad jurídica, no son aplicables a las sociedades extranjeras no inscriptas, en la medida que las razones de soberanía priman sobre aquéllas. En otras palabras, el reconocimiento que hubiera efectuado la sociedad argentina de la participación de la extranjera no inscripta en la celebración de los actos societarios de aquélla no convalida la actuación de ésta ni deja sin efecto las sanciones propias de su falta de registración, pues el incumplimiento de esta carga trasciende los intereses propios de la vinculación entre la sociedad partícipe y la sociedad participada, atento el interés general que supone la inscripción exigida por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550⁽⁵⁵⁶⁾.

La jurisprudencia de nuestros tribunales y de la Inspección General de Justicia han convalidado esta manera de pensar, y haciendo aplicación práctica de la doctrina de la inoponibilidad de la actuación de la sociedad extranjera no inscripta se resolvió, con todo acierto, que la real voluntad del órgano de gobierno de la sociedad no pudo válidamente ser expresada si la sociedad extranjera no cumplió con los requisitos del art. 123 de la ley 19.550⁽⁵⁵⁷⁾.

En tal sentido, la resolución general 7/2003 de la Inspección General de Justicia hizo aplicación práctica de la doctrina en análisis, dando solución al problema que se presenta cuando una sociedad extranjera socia de una sociedad nacional, pretende ejercer sus derechos en una asamblea de accionistas, sin haber aquella cumplido con lo dispuesto por el art. 123 de la ley 19.550. Para solucionar tal hipótesis, dispuso expresamente el art. 8º de la resolución general 7/2003 que "La Inspección General de Justicia no inscribirá en el Registro Público de Comercio los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en las que hubieren participado, ejerciendo el derecho de voto, sociedades constituidas en el extranjero no inscriptas a los fines del art. 123 de la ley 19.550, cualquiera haya sido la cuantía de dicha participación, siempre que los votos emitidos por sí o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social".

La resolución general IGJ 7/2015, ratifica dicha solución, al expresar que en los acuerdos sociales sujetos a inscripción en el Registro Público, de sociedades locales participadas por sociedades constituidas en el extranjero, éstas deben intervenir hallándose inscriptas a los fines del art. 123 o en su caso, del art. 118, tercer párrafo de la ley 19.550, aclarando en su último párrafo que los acuerdos que infrinjan lo dispuesto no son inscribibles en el Registro Público. La jurisprudencia ha ratificado este criterio, argumentando que la sanción a lo dispuesto por el art. 118 de la ley 19.550 no puede ser otra que la ininvocabilidad de la existencia de la sociedad extranjera en nuestro país, o en otras palabras, su falta de legitimación para reclamar los derechos y obligaciones emergentes de los contratos celebrados por aquella⁽⁵⁵⁸⁾.

ART. 119.—

Tipo desconocido. El art. 118 se aplicará a la sociedad constituida en otro Estado bajo un tipo desconocido por las leyes de la República. Corresponde al juez de la inscripción determinar las formalidades a cumplir en cada caso, con sujeción al criterio del máximo rigor previsto en la presente ley.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 1º, 17, 118, 121. Resolución general IGJ 7/2015, art. 216. LSC Uruguay: art. 196.

§ 1. Sociedad constituida en el extranjero de tipo desconocido en el país

La ley 19.550, en su art. 119 no asimila la sociedad atípica a la que posea caracteres similares de acuerdo con la ley argentina, sino que le impone las formalidades máximas establecidas para las sociedades constituidas en el país⁽⁵⁵⁹⁾, vale decir, que la autoridad de control deberá someter a la sociedad de tipo desconocido a las disposiciones pertinentes previstas para las sociedades anónimas, lo que se explica, pues mientras mantengan su domicilio en el país extranjero, deben juzgarse legítimamente constituidas, porque se rigen, en cuanto a su forma, por las leyes del lugar de su constitución.

En la práctica y formalmente, el "mayor rigor" a que se refiere el art. 119 de la ley 19.550, se limita exclusivamente al cumplimiento de la publicidad edictal prevista por el art. 10 de dicho ordenamiento legal y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 8º de la ley 22.315, someterla a la fiscalización permanente de su funcionamiento, disolución y liquidación, con

obligación de presentar anualmente a la Inspección General de Justicia copia de los estados contables del ejercicio, en los términos del art. 28 del decreto 1493/1982⁽⁵⁶⁰⁾.

Sin embargo, el Profesor Julio Otaegui ha dado al art. 119 de la ley 19.550 una interpretación diferente, que se comparte totalmente, entendiendo que el mayor rigor a que se refiere el legislador autoriza a adjudicar a sus socios responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales, como si se tratara de una sociedad colectiva, interpretación que si bien no parece coincidir con los términos de dicha norma, es la que en realidad corresponde, habida cuenta que la responsabilidad limitada por las obligaciones sociales es una excepción a la regla general que rige en materia societaria, que es la responsabilidad solidaria, subsidiaria e ilimitada.

La jurisprudencia ha registrado muy pocos casos de aplicación de esta norma, habiendo solo tomado trascendencia lo sucedido en el caso "Ahí Roofing Limited", resuelto por la Inspección General de Justicia el 29 de agosto de 2001. Se trataba de una sociedad constituida en el extranjero que al presentarse a la Inspección General de Justicia, con el fin de obtener su matriculación en el país, ella exhibió su estatuto, que no contenía cláusulas sobre el objeto social, ni tampoco sobre su capital ni sobre sus autoridades. Ante ello, la autoridad de control entendió que se estaba en presencia de una sociedad de tipo desconocido para nuestra legislación, sometiéndosela al régimen del art. 119 de la ley 19.550, con el argumento de que si la sociedad es típica en el país extranjero y atípica en nuestro país, deberá ser juzgada legítimamente constituida, porque rige al respecto la ley extranjera, mientras mantenga su domicilio en él⁽⁵⁶¹⁾.

La Inspección General de Justicia, en su resolución general 7/2015, transcribiendo la misma solución prevista por su antecesora, la resolución general 7/2005 ("Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia", estableció en su art. 216 que todos los requisitos exigidos por este Organismo a las sociedades constituidas en el extranjero, deben ser también exigidas a las sociedades comprendidas en el art. 119 de la ley 19.550, las cuales, además, deben cumplir con las siguientes reglas:

1. Debe explicitarse el alcance de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales que se contraigan por la actuación del asiento, sucursal o representación permanente, salvo que tal extremo resulte claramente de la documentación acompañada por dicha entidad.

2. Debe incluir en la publicidad prevista por el art. 188 inc. 4º de las "Nuevas Normas", el cual reglamenta lo prescripto por el art. 118 de la ley 19.550, que dicha sociedad es atípica para el derecho argentino, precisando cual es el régimen de responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales

ART. 120.—

Contabilidad. Es obligatorio para dicha sociedad llevar en la República contabilidad separada y someterse al contralor que corresponda al tipo de sociedad.

CONCORDANCIAS: Código Civil y Comercial de la Nación: art. 320. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 271 a 272.; LSC Uruguay: art. 194.

§ 1. Obligación de la sociedad de llevar contabilidad separada en el país. Supuestos

En primer lugar, corresponde puntualizar que el art. 120 se refiere a los supuestos previstos por el art. 118, párrafo 3º y no al caso de participación de la sociedad extranjera en sociedad local, de conformidad con lo dispuesto por el art. 123 de la ley 19.550, y ello es razonable, pues en el primer caso (art. 118), la apertura de una sucursal, asiento o representación permanente en la República Argentina nos habla de una explotación comercial o empresaria, que obviamente deberá cumplir con las normas previstas por el Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de contabilidad (arts. 320 y ss.).

Con otras palabras, las sociedades extranjeras solo tienen obligaciones contables de fondo para el estricto cumplimiento de emprendimientos completos y duraderos, que reúnan las características propias de las sucursales,

siendo obvio que si no hay establecimiento o empresa, carece de sentido la existencia de asientos contables locales, desprendidos de los que naturalmente lleva el comerciante extranjero⁽⁵⁶²⁾.

Por el contrario, tratándose de una participación societaria en una filial argentina por parte de un ente extranjero (art. 123 de la ley 19.550), no se advierte la necesidad de llevar libros de comercio, pues la única actividad de su representante en el país será la de ejercer los derechos societarios emanados de esa titularidad, careciendo de todo sentido exigir una contabilidad sustancial a la misma cuando ella solamente reflejaría el aporte realizado a la sociedad filial y los dividendos percibidos por la entidad foránea, lo cual no obsta a que el representante inscripto de la sociedad extranjera participante, deba conservar en el domicilio de esta sociedad, toda la documentación que acredite las operaciones celebradas por ésta en la República Argentina.

La norma del art. 120 de la ley 19.550, que como se ha dicho, obliga a la sociedad extranjera a llevar en la República Argentina una contabilidad separada, abreva de lo dispuesto por el derogado art. 145 del Código de Comercio, que obliga al factor a observar las mismas reglas de contabilidad que se prescriben generalmente para los comerciantes, y que en el caso de sociedades extranjeras que han instalado en el país una sucursal, asiento o una representación permanente, esa obligación adquiere mayor relevancia en consideración no sólo de la sociedad y terceros acreedores, sino del interés general, representado por el Estado, para el supuesto de que sea necesario reconstruir la actuación del comerciante para el ejercicio de su poder de policía, para el caso de quiebra y también para el resultado de esa actividad en la percepción de impuestos⁽⁵⁶³⁾.

ART. 121.—

Representantes: responsabilidades. El representante de sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley y, en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de sociedades anónimas.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 59, 60, 271 a 279; resolución general IGJ 7/2015, arts. 208, 223, 224, 225. LSC Uruguay; arts. 223 a 228.

§ 1. Algunas consideraciones sobre los representantes locales de las sociedades constituidas en el extranjero

Antes de entrar de lleno en el tema de la responsabilidad de los representantes locales de las sociedades externas, al cual se limita la norma del art. 121 de la ley 19.550, es necesario aclarar algunos conceptos sobre la naturaleza y contenido de esta representación, su actuación en la República Argentina, la registración de su renuncia y fundamentalmente, la posibilidad de ser sustituido en su actuación desde la casa matriz, mediante el otorgamiento de poderes desde el extranjero, cuestiones todas sumamente controvertidas en nuestro derecho.

1.1. La persona jurídica como representante en la República Argentina de una sociedad constituida en el extranjero. El caso "Crosstown Financial Company 4 LLC".

La cuestión relativa a la posibilidad de que una persona jurídica pudiera desempeñarse como representante de una sociedad extranjera en el país se presentó ante la Inspección General de Justicia cuando en el año 2003 la sociedad "Crosstown Financial Company 4 LLC"⁽⁵⁶⁴⁾, oriunda del Estado de Minnessotta, EE.UU., requirió su inscripción en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 123 de la ley 19.550, designando como representante en la República Argentina a una sociedad en comandita por acciones local, pretensión que fue rechazada por el Organismo de Control, con base en los siguientes argumentos que se expondrán a continuación:

En primer lugar, la actuación del representante de la sociedad extranjera en el país, inscripta en los términos del art. 123 de la ley 19.550 se gobierna en todos los casos por las leyes de la República, esto es, tanto en lo que se refiere a las relaciones entre la sociedad extranjera con su representante como en lo que atañe al desempeño de éste en el seno de la sociedad local. Rige al respecto lo dispuesto por el art. 2652 del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme al cual en defecto de la elección de las partes del derecho aplicable (inadmisible para las relaciones societarias internas), el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento.

Por otra parte, todas las referencias que la ley 19.550 efectúa en los arts. 118 a 123 a los representantes de las sociedades extranjeras parecen referidas a la persona física y no a la persona de existencia ideal y basta al respecto detenerse en lo dispuesto por el art. 121 de la referida ley, en cuanto dispone que "El representante de la sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta ley, y en los supuestos de sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de las sociedades anónimas" para confirmar esta conclusión.

Del mismo modo, si se parte de la idea que la norma que constituye la base de todo el régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades comerciales se encuentra en el art. 59 de la ley 19.550, a quienes el legislador impone obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios, parece casi imposible concluir que tales parámetros puedan ser aplicados a una sociedad mercantil, cuya renovación en lo que a su composición humana se refiere, constituye una de las características de estas entidades.

Sin perjuicio de ello, y con la misma orientación, cabe considerar asimismo la previsión del art. 122 de la ley 19.550, en cuanto establece que el emplazamiento de una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República: a) Originándose en un acto aislado, en la "persona" del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio y b) Si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la "persona" del representante. En el primero de los casos, esto es, tratándose del acto aislado, parece evidente que el apoderado a que se refiere la norma es necesariamente la persona física que cumplió con el acto o suscribió el contrato en la República Argentina y en el caso de existencia de sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, resulta no menos claro que la referencia a la "persona del representante" solo puede referirse a una persona física "representante" del ente extranjero, pues de lo contrario, dicha expresión carecería de todo sentido; pues hubiera bastado simplemente que la ley se refiera a que el emplazamiento debiera cumplirse en el domicilio del representante o en el domicilio de la representación, lo que no sucede.

Finalmente y a mayor abundamiento, si se planteara la cuestión estrictamente desde el análisis de la actuación de la sociedad extranjera inscripta en los términos del art. 123 de la ley 19.550, la conclusión no puede ser otra que la antes expuesta. Repárese que la función que desempeña el representante de la entidad extranjera consiste en el ejercicio de los derechos políticos y patrimoniales que ésta es titular en la sociedad constituida en la República Argentina, entre los cuales se encuentra la de asistir a las asambleas de la compañía local, a la cual concurren tanto los accionistas por sí o a través del régimen de representación contemplado por el art. 239 de la ley 19.550. Pues bien, aún cuando esta norma no hace distinciones, su propia redacción, en especial en lo que se refiere a las prohibiciones allí contenidas, permite llegar a la conclusión que la representación asamblearia no puede efectuarse a favor de una persona jurídica, lo cual ha sido ratificado por autorizada doctrina, que rechaza toda posibilidad de sustitución del aludido mandato, fundado precisamente en la confianza personal que el accionista debe tener en el mandatario⁽⁵⁶⁵⁾, argumento que resultaría inaplicable si se admitiera la posibilidad que el representante previsto por el art. 239 de la ley 19.550 pudiera ser una persona jurídica. De manera tal que si una persona jurídica no puede ser representante asambleario de un accionista, mal puede ser una sociedad el representante local de la sociedad extranjera, una de cuyas funciones es precisamente comparecer a los actos asamblearios de la sociedad argentina participada.

La doctrina del caso "Crosstown" en el sentido de que no procede la designación de una persona jurídica como representante local de una sociedad extranjera que pretende su inscripción en el Registro Público de Comercio, fue incorporada a la resolución general IGJ 7/2005 —"Nuevas Normas..."— cuyos arts. 188 y 214 disponen expresamente, entre los requisitos que debe cumplir la sociedad extranjera que pretenda efectuar las inscripciones previstas por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550, la necesidad de la designación de su representante en la República Argentina, que debe ser necesariamente una persona física, norma que fue expresamente ratificada en el art. 206, inc. 3. f) de la resolución general IGJ 7/2015.

1.2. Alcance de la inscripción del representante local de la sociedad extranjera. La sustitución de dicha representación desde el extranjero. Nuevamente el caso "Sofora Telecomunicaciones Sociedad Anónima". La resolución general IGJ 4/2005

Una de las prácticas más difundidas que existe dentro de la operatoria de las sociedades constituidas en el exterior en el país radica en la intervención de varios representantes de esta, provistos de un simple poder otorgado desde el extranjero, independientemente de la actuación de la persona del representante que la referida compañía inscribió en el Registro Público de Comercio en oportunidad de matricularse en los términos del art. 123 de la ley 19.550 o por acto posterior.

Ello responde, por lo general a diversos motivos: por ejemplo cuando existe una situación de conflicto en la sociedad argentina participada, y la sociedad extranjera considera necesario la presencia de un abogado especializado en estos avatares; también puede acontecer que se debata en el seno del órgano de gobierno de la sociedad local una cuestión que requiera de determinada especialización, que exceda los conocimientos del representante inscripto; asimismo, esta situación se presenta con suma frecuencia cuando se ha producido un conflicto de intereses entre la persona del representante inscripto en la Argentina y el órgano de administración de la compañía extranjera, quien a los fines de no perjudicar su situación en la sociedad local participada, suple la actuación de aquel mediante el simple recurso de otorgar un poder especial desde su país de origen, que no es objeto de inscripción en el Registro Público de Comercio. Pero lamentablemente con suma frecuencia, y a los fines de evadir el régimen de responsabilidad previsto por el art. 121 de la ley 19.550 para los representantes de las sociedades constituidas en el extranjero, no era extraño prescindir de la actuación del representante inscripto para recurrir a un apoderado de dudosa solvencia, cuando se trataba de la realización de actos de cuestionable legalidad.

Esta manera de proceder ha sido considerada inaceptable por la Inspección General de Justicia, que en la resolución dictada en el expediente "Sofora Telecomunicaciones Sociedad Anónima" donde se declaró irregular e ineficaz a los efectos administrativos, la asamblea general extraordinaria unánime celebrada por esta sociedad en la cual compareció, en representación de la sociedad extranjera participante, una persona física que exhibió un poder especial otorgado por esta compañía desde su país de origen sin ningún tipo de inscripción en el registro mercantil local, ignorando a su representante en la República Argentina, que había sido oportunamente inscripto en los términos del art. 123 de la ley 19.550.

Se recordó en la resolución dictada en el expediente "Sofora", que el art. 123 de la ley 19.550 expresamente prevé, entre los requisitos que deben ser cumplidos por una sociedad constituida en el extranjero al momento de inscribirse en el Registro Público de Comercio, a los fines de participar en una sociedad local, la necesidad de registrar, entre otros documentos, la relativa a la designación de sus representantes legales. Ello revela que la intención de los legisladores al imponer la inscripción del representante de la compañía externa en el registro mercantil local ha sido la de identificar a la persona que, en representación de la sociedad extranjera socia de entidad local, ejercerá todos los actos que requiera la participación social en esta, esto es y concretamente, el ejercicio de todos los derechos de socio en la entidad argentina, entre los cuales se encuentra el derecho a participar en las asambleas celebradas en la sociedad local. De no ser ello así, la necesidad de identificar al representante de la sociedad extranjera inscripta en los términos del art. 123 de la ley 19.550, la cual está ratificada en el art. 27 del decreto 1493/1982, carecería de todo sentido.

De manera tal que, encontrándose inscripto en la República Argentina un representante de la sociedad extranjera, es éste quien, con exclusividad, deberá ejercer los derechos de socio que corresponde a la compañía extranjera como integrante de la sociedad participada local y en el caso del ejercicio del derecho de participación en actos asamblearios, quien podrá concurrir a éstos es el representante inscripto de la sociedad extranjera o apoderado especial designado por el referido representante inscripto, pero no por el órgano de administración o representación de la sociedad extranjera, pues de lo contrario, como ya se ha dicho, la actuación del dicho representante queda totalmente desdibujada. Así fue expresado con anterioridad en una antigua pero no menos trascendente resolución de la Inspección General de Justicia⁽⁵⁶⁶⁾, en el sentido que corresponde interpretar, con sentido finalista, que los representantes legales que menciona el art. 123 de la ley 19.550, son los representantes locales de la sociedad extranjera, a los que deben exigirse facultades suficientes en relación a los efectos legales que la participación de su representada en sociedad local pudiera originar. Tal interpretación es la que mejor ha de permitir el poder de policía que compete al organismo sobre este tipo de sociedades, conforme resulta del art. 8º de la ley 22.315.

Finalmente, se dijo en la aludida resolución que la interpretación efectuada por la Inspección General de Justicia ya había quedado plasmada en el art. 27 del decreto 1493/1982 que reglamenta la ley 22.315 y que requiere, a los efectos del art. 123 de la ley 19.550, la inscripción de la designación del representante de la sociedad extranjera, con indicación de sus facultades, como asimismo la denuncia de los datos personales de los administradores o representantes en el país y la constitución de domicilio a todos los efectos que pudiera corresponder⁽⁵⁶⁷⁾.

No se trata pues de juzgar la facultad del órgano de administración de la sociedad constituida en el extranjero de otorgar un poder especial desde el país de origen, sobre la base que, al momento de inscribirse dicha compañía en los registros mercantiles locales, ya había otorgado un poder con amplias facultades de administración a favor de quien iba a tener a cargo los negocios en la República Argentina, pues de lo que se trata no es precisamente que "quien puede lo mas puede lo menos", sino que lo fundamental en el caso es la inscripción en el Registro Público de Comercio del representante en el país de la sociedad foránea, registración que ha sido impuesta en beneficio del tráfico mercantil y de la comunidad en general, a los fines de hacer conocer a los terceros quien o quienes son las personas que pueden obligar a la compañía constituida en el exterior.

Ello no implica sostener la imposibilidad de designar a otra persona que pueda representar a la sociedad externa en determinado acto o función llevada a cabo en nuestro territorio, pero en tal caso, la delegación solo puede ser efectuada por el representante inscripto, quien es la única persona legitimada para otorgar el poder especial correspondiente. Solo de esta manera se protege eficazmente a los terceros y a los intereses del comercio. De lo contrario, y como ya hemos sostenido, se puede vulnerar fácilmente el régimen de responsabilidad previsto por el art. 121 de la ley 19.550 para los representantes de sociedades extranjeras, mediante el sencillo expediente de designar desde el país de origen un representante diferente para cada ocasión.

Y no se diga, para controvertir lo expuesto, que el régimen de responsabilidad previsto para los representantes locales de sociedades extranjeras —a quienes el art. 121 de la ley 19.550 impone la misma responsabilidad que a los directores de las sociedades anónimas— no es aplicable a las personas inscriptas en el Registro Público de Comercio a los fines de ejercer los derechos de socio en la entidad local participada por aquella compañía, invocando para ello la ubicación de dicha norma en la Sección XI del Capítulo 1 de la ley 19.550, toda vez que teniendo en cuenta que la participación en sociedad local ejerciendo en ella los derechos de socio, comporta para las sociedades del exterior un actuación habitual en territorio argentino, por lo que la integración interpretativa del art. 123 de la ley 19.550 conlleva hacer extensiva a esta modalidad de actuación la aplicación de lo dispuesto por el referido art. 121 con respecto al representante inscripto que la lleva a cabo, como fuera resuelto por la Inspección General de Justicia en otros precedentes⁽⁵⁶⁸⁾.

El criterio de la autoridad de control expuesto en el caso "Sofora Telecomunicaciones Sociedad Anónima", fue reiterado en otros precedentes administrativos, como por ejemplo, en el caso "Interinvest Sociedad Anónima" del 1º de noviembre de 2004 —resolución IGJ 1308/2004— en donde se sostuvo que si el régimen de responsabilidad del representante de la sociedad constituida en el extranjero queda asimilada al de los administradores de las compañías mercantiles nacionales, y precisamente por ello es que ha sido requerida por la legislación nacional la constitución de un domicilio especial por parte de aquellos en la República Argentina, forzoso es concluir que mal puede ser anulado tal sistema responsabilizador mediante el simple recurso de obviar la actuación del representante inscripto, merced a la intervención aislada de un representante convencional designado directamente desde el exterior, sin la menor publicidad registral mercantil⁽⁵⁶⁹⁾.

La doctrina del caso "Sofora Telecomunicaciones Sociedad Anónima" fue recogido por la resolución general IGJ 4/2005 del 5 de abril de 2005 y aplicada también al caso del representante local inscripto por la sociedad extranjera en oportunidad de matricularse en los términos del art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550. Se trató del caso "Telgate International Sociedad Anónima", resuelto por la Inspección General de Justicia el día 13 de octubre de 2005⁽⁵⁷⁰⁾ en donde un importante inmueble perteneciente a dicha sociedad extranjera fue vendido a terceros, interviniendo en dicha operación como representante de la entidad extranjera una persona física que exhibió un poder especial otorgado en el país de origen (República Oriental del Uruguay), prescindiéndose de la necesaria intervención del representante inscripto por esta sociedad, en oportunidad de inscribirse en el Registro Público de Comercio en los términos del referido art. 118 del ordenamiento societario. Se sostuvo en dicha oportunidad que "Resulta forzoso concluir que si el art. 118 inc. 3º de la ley 19.550 impone a la sociedad constituida en el extranjero que pretende establecer una sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en la República Argentina, la necesidad de justificar la decisión de crear dicha representación y designar a la persona a cuyo cargo ella estará, para luego imponerle a dicho representante las mismas responsabilidades que para los administradores de sociedades nativa prevé el art. 121 de la ley 19.550, mal puede luego prescindirse de la actuación de dicho representante inscripto en el Registro Público de Comercio en todas las operaciones celebradas por la sociedad extranjera en nuestro territorio, pues tal inscripción no puede tener otra finalidad que aquella que inspira a todos aquellos actos cuya registración es impuesta por el legislador en forma obligatoria, esto es, dar publicidad a todos esos actos", para concluir de la siguiente manera " No parece congruente con el espíritu del legislador sostener la validez de la actuación en la República Argentina de representantes de convencionales designados desde el exterior, mediando un representante de la sociedad constituida en el exterior inscripto en los registros mercantiles locales, pues ello implica desvirtuar el régimen de oponibilidad y responsabilidad previsto por el ordenamiento legal societario en materia de actuación permanente de sociedades constituida en extranjeras en nuestro país".

La jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles, aunque muy aislada, no participó de este criterio. En el caso "Codere Sociedad Anónima c. Pacífico Sociedad Anónima s/ ordinario", dictado por la sala C de la Cámara Comercial el 8 de noviembre de 2004, y fundamentalmente la sala A del mismo tribunal, en autos "Inspección General de Justicia c/ Interinvest SA s/ Organismos Externos", del 13 de febrero de 2008, arribaron a una solución contraria, bien que referido al supuesto previsto por el art. 123 de la ley de sociedades comerciales, resolviendo que si la sociedad extranjera está inscripta en el Registro Público de Comercio, a los fines de participar en una sociedad local, aquella puede optar por las vías que resulten válidas a los fines de su representación, una de las cuales es el otorgamiento de un poder a favor de terceros, pues la ley 19.550 no impone que sea el representante local el único legitimado para accionar en nombre de la sociedad extranjera.

Para arribar a esa conclusión, fue sostenido en el caso "Inspección General de Justicia c/ Interinvest Sociedad Anónima s/ Organismos Externos", dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 13 de febrero de 2008, en donde se juzgó la validez de un poder otorgado desde el extranjero a una persona física para participar en una asamblea de la sociedad local, donde participaba la sociedad foránea otorgante de dicha autorización, que resultaba aplicable a ésta —que se encontraba inscripta en los términos del art. 123 de la ley 19.550— la norma del art. 239 de la ley 19.550, siendo suficiente, a los fines de participar en una asamblea de la entidad constituida en el país, el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con firma certificada en forma judicial, notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto, pues ello es solo una aplicación especial del principio que somete la representación especial al derecho del lugar en el que el representante declara su consentimiento en nombre del representado, siendo ello derivación del principio del *forum negotium patriae*.

El criterio del tribunal de alzada es absolutamente equivocado, pues parte de la base de que no existe en el supuesto, concreto ejercicio del poder de policía del Estado, de interés superior al involucrado en la cuestión, lo cual constituye un gravísimo error, pues si la ley 19.550, tanto en los supuestos previstos por los arts. 118 como 123 requiere la necesidad de inscribir en el Registro Público de Comercio, la persona que tendrá a su cargo la representación de la sociedad extranjera, imponiéndole una determinada responsabilidad por su actuación en la República Argentina, es porque apunta a la seguridad jurídica de los terceros, los cuales deben conocer con exactitud quienes serán los sujetos que podrán obligar al ente foráneo en su actuación en el país. Es obvio que el legislador societario, al imponer esa registración, ha tenido en cuenta los intereses generales del tráfico mercantil, que predominan sobre el interés particular de quien desea participar en un acto asambleario. Por otro lado, si partimos de la base que la inscripción en el Registro Público de Comercio de determinados actos —entre ellos la designación de los representantes locales de las sociedades constituidas en el extranjero— ha sido impuesta por el legislador para hacerlos oponibles frente a terceros, carece de todo fundamento jurídico predicar la inexistencia de poder de policía del Estado involucrado en la cuestión en debate.

En definitiva, la actuación del representante de la sociedad extranjera inscripta en los términos del art. 123 de la ley 19.550 y llamada a ser permanente, sustenta la necesidad de una publicidad inscriptoria igualmente permanente con respecto a la persona del representante, como lo es la que imponen los arts. 123 de la ley 19.550 y 27 del decreto 1493/1982, la cual carecería ab initio de sentido requerir, pues devendría un formalismo inconducente —y no cabe suponer el legislador un equívoco tal— si inmediatamente luego de cumplida, la sociedad matriz pudiera designar a otro representante cualquiera y éste, a diferencia del primero, estuviera exento de ser publicitado erga omnes por extensa y permanente que pudiera ser su actuación⁽⁵⁷¹⁾.

Debe destacarse que el art. 212 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia, aprobado por la resolución general IGJ 7/2005, modificada por la vigente resolución general IGJ 7/2015 ha recogido normativamente el criterio sustentado por la autoridad de control, disponiéndose expresamente que los actos de las sociedades comprendidas en torno a la actuación del representante de la sociedad extranjera, debe ser cumplida por su representante inscripto en el Registro Público de Comercio a la fecha de su presentación o bien por apoderado investido tal y exclusivamente por dicho representante. Esta norma es obligatoria para todas las sociedades constituidas en el extranjero que se hayan inscripto en el Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires, a tenor de lo dispuesto por el art. 11 inc. c) de la ley 22.315 —Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia— que la autoriza a dicho Organismo a dictar los reglamentos que estime adecuados.

1.3. La naturaleza jurídica del representante local de la entidad constituida en el extranjero. Mandatario u órgano de dicha compañía. El caso "Tipiel Sociedad Anónima"

Desentrañar la naturaleza jurídica del vínculo que une al representante con la sociedad extranjera que lo ha designado para intervenir en el tráfico mercantil de la República Argentina, es una cuestión plena de consecuencias prácticas, pues

los efectos de la actuación del mismo pueden ser muy diferentes si, en lugar de considerarlo un mandatario lo definimos como un órgano de la entidad externa, tal como lo ha clasificado cierta doctrina⁽⁵⁷²⁾ y algunas resoluciones de la Inspección General de Justicia, anterior a mi gestión al frente de ella⁽⁵⁷³⁾.

Basta reparar que, según fuere la conclusión que se adopte, la suerte del acto jurídico celebrado por el representante de la sociedad extranjera en el país va a correr menos riesgos, en torno a su validez o su imputabilidad, si consideramos a aquel como un órgano de la entidad foránea. En efecto, si adherimos a esta tesis, rige el principio general que en materia de representación de sociedades comerciales prevé el art. 58 de la ley 19.550, conforme al cual, el administrador o el representante que de acuerdo con 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, mientras que si nos enrolamos en la tesis del mandato, los actos jurídicos ejecutados por el mandatario solo serán imputados al mandante, cuando aquel hubiera actuado dentro de los límites de sus poderes (art. 1324 del Código Civil y Comercial de la Nación), lo cual revela que las facultades del representante local de la sociedad extranjera serán mucho más amplias en torno al cumplimiento del fin del acto celebrado —su imputación al principal o mandante— si consideramos a aquel como un órgano del ente y no como un simple mandatario.

La Inspección General de Justicia adhirió a este criterio en el caso "Tipiel Sociedad Anónima"⁽⁵⁷⁴⁾, descartando de plano la doctrina del órgano, que si bien —más allá de mis enormes discrepancias con ella— puede explicar, en el derecho interno, las relaciones entre la sociedad y sus administradores, ella es absolutamente inaplicable para el caso de los representantes locales de las sociedades extranjeras, que se rigen por la norma del mandato. Basta una simple pregunta para descartar el carácter de órgano societario de cada uno de los representantes de la sociedad extranjera que actúan en países diferentes e imaginemos una importante sociedad multinacional con actuación comercial en infinidad de países: ¿Con cuántos órganos podrá contar entonces una sociedad?

1.4. La renuncia del representante local de la sociedad constituida en el extranjero

Una de las más importantes lagunas que presenta la ley 19.550 y que no fue cubierta por la ley 22. 903, es la referida a la legitimación del administrador de una sociedad comercial para inscribir su renuncia en el Registro Público de Comercio cuando el órgano de administración de la sociedad no lo hace, lo cual no ha sido hipótesis prevista en los arts. 60, 258 y 259 de la ley 19.550 ni aceptada por nuestros tribunales comerciales, que han resuelto en forma pacífica que el único sujeto legitimado para llevar a cabo ese trámite es la propia sociedad, obligando al director o gerente renunciante a promover un proceso contencioso a los fines de que fuese una sentencia judicial la que ordenase tal inscripción, después de varios años de pleito.

Quien comprendió cabalmente el problema y las nefastas consecuencias que esa falta de legitimación trae aparejada para el administrador renunciante, quien no podrá oponer a terceros su desvinculación a los fines de evitar las responsabilidades previstas por el art. 59 y 274 de la ley 19.550, fue el magistrado y profesor Enrique Butty, quien en su efímero pero sustancioso paso por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro (febrero de 1980/marzo de 1981), dictó una importante resolución en el caso "Álvarez Pinturas y Acabados Sociedad Anónima"⁽⁵⁷⁵⁾, admitiendo la procedencia de la inserción de una nota marginal en la registración protocolar del acto constitutivo de la sociedad como expresa constancia de la expresión unilateral del director de renunciar a su cargo. Sin embargo, esa posibilidad no aportaba una solución definitiva al problema, pues esa "anotación marginal" no estaba prevista en la ley y carecía de todo efecto frente a terceros, constituyendo solo un principio de prueba por escrito a la hora del juzgamiento de la responsabilidad del director renunciante, al invocar éste su desvinculación del ente con anterioridad al acaecimiento del hecho o hechos supuestamente generadores de su responsabilidad.

Precisamente para terminar de una vez con este problema real, poco comprendido en sus verdaderos alcances por nuestros tribunales comerciales, es que a los escasos dos meses de asumir el cargo como Inspector General de Justicia nos abocamos al mismo y, mediante el dictado de la resolución general IGJ 11/2003, dictada el 12 de noviembre de 2003, se estableció un mecanismo sencillo y de rápida conclusión, a los fines de permitir al administrador renunciante invocar frente a terceros, mediante la inscripción en el Registro Público de Comercio, su desvinculación del órgano de administración de la sociedad y con ello, las severas responsabilidades que le impone el legislador societario a quien integra dicho órgano.

Sin perjuicio de abocarnos al estudio de esa problemática en los capítulos siguientes de este trabajo, lo que verdaderamente interesa, es que la resolución general IGJ 11/2003 también trató el problema de la desvinculación de los representantes locales de sociedades constituidas en el extranjero, cuestión no tratada tampoco por la ley 19.550 y que

diera lugar a una interesante polémica, anterior a mi gestión, entre la Inspección General de Justicia y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

La Inspección General de Justicia, en el expediente administrativo "Voermol Feeds Pty Ltd. s/ Inscripción"⁽⁵⁷⁶⁾, del año 2000 había denegado, con sólidos fundamentos, la inscripción de la renuncia del representante legal de esa sociedad extranjera, cuando el renunciante no había acreditado que la casa matriz hubiera aceptado su dimisión ni decidido su reemplazo, siendo tales extremos exigibles —a juicio del por entonces Inspector General de Justicia, el Dr. Guillermo Ragazzi— por aplicación de los arts. 118 tercer párrafo, 121 y 122 inc. b) de la ley 19.550.

Se sostuvo en dicha resolución que "El art. 121 de la ley 19.550 impone al representante de la sociedad extranjera, las mismas responsabilidades que prevé para los administradores de los distintos tipos sociales en ella regulados. Con relación a la renuncia del administrador, nuestra ley exige que no afecte el funcionamiento regular del órgano, ni sea dolosa o intempestiva", aclarándose, con relación al acto de renuncia, que "Si bien constituye un derecho inderogable, pues nadie puede ser privado de la facultad de liberarse del vínculo mediante justa causa, constituye un derecho potestativo de carácter unilateral que requiere aceptación y este acto integra la renuncia. En consecuencia, la renuncia recién surtirá efectos a partir de su aceptación por el órgano ante el que debe presentarse —el directorio u órgano de administración de la casa matriz— y con relación a terceros operará desde su registración en los términos del art. 60 de la ley 19.550. Además, cuando el renunciante es el único representante de la sociedad extranjera, contemporáneamente con la registración de su cese, deberá inscribirse a su reemplazante, pues de lo contrario la sociedad incumplirá la obligación que le impone el art. 118, tercer párrafo, inc. 3, esto es, designar la persona a cuyo cargo estará la representación de la sociedad constituida en el extranjero.

El fundamento esgrimido por la Inspección General de Justicia se basa en la necesidad de que la sucursal, asiento o representación permanente instalada por la sociedad extranjera en nuestro país cuenta siempre con una persona a cargo de la administración de los negocios efectuados por dicha compañía y ello tiende a proteger fundamentalmente al tercero contratante con ella, quien debe contar en todo momento con un interlocutor en el país.

Desde tal punto de vista, la posición de la Inspección General de Justicia era irrefutable, pero muchas veces, amparándose precisamente en la necesidad de contar con un representante local, la sociedad extranjera demoraba hasta el infinito la aceptación de la renuncia presentada por el representante inscripto —o directamente no la aceptaba nunca— con lo cual colocaba a dicho funcionario en la necesidad de promover un procedimiento judicial de naturaleza contenciosa, a los fines de obtener la registración de su renuncia, lo cual consumía varios años de tramitación, lo cual no era deseable para nadie salvo, quizás, para la sociedad extranjera, sin apuro en definir la situación, cuando la actividad mercantil en la República Argentina era muy escasa o limitada.

Apelada la resolución dictada en el caso "Voermol Feed Pty Ltda." por el representante local de esta sociedad, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la ciudad de Buenos Aires arribó a una conclusión distinta y, con siguientes argumentos, revocó la decisión anterior de la Inspección General de Justicia:

a) La ley 19.550 no supedita la procedencia de la renuncia de un representante legal de una sociedad extranjera a la posibilidad de que el ente pudiera ver obstaculizado su funcionamiento en el país. Coincidentemente, tampoco impone el requisito de que la inscripción de la renuncia deba estar inexorablemente acompañada por la inscripción de la designación de su nuevo representante.

b) Carece de fundamento legal condicionar la inscripción de la renuncia del representante de la sociedad extranjera a la suerte que puedan correr las actividades del ente para el caso de que ésta sea inscripta, y correlativamente, a la designación de un sustituto por parte de la casa matriz.

Como el lector habrá observado, la justicia examinó —y resolvió— el problema desde la óptica del renunciante y no desde el punto de vista de los terceros que habían contratado con el representante de la sociedad extranjera, estimando procedente tratar de amparar los derechos de quien expresa su voluntad de desvincularse del ente societario y se encuentra con que éste, por negligencia o deliberadamente, omite tratar tal pretensión o realizar los trámites necesarios para inscribirla.

La resolución general IGJ 11/2003 que definió el problema, hizo suyos los argumentos expuestos por la Inspección General de Justicia en los precedentes "Voermol Feeds" y "Beloit", pues consideró que lo prioritario era la protección de los terceros locales —esto es, los intereses de la comunidad— y no los intereses personales del renunciante, pero estableció a la vez un procedimiento breve de inscripción de la renuncia, otorgando legitimación al representante de la sociedad extranjera para llevarlo a cabo, con lo cual se conciliaron todos los intereses en juego, partiéndose de la base, con fundamento en lo dispuesto por el art. 919 del Código Civil, que la sociedad extranjera debía pronunciarse necesariamente sobre la renuncia en un lapso breve de tiempo —noventa días— transcurrido el cual el representante

local se encuentra en condiciones de iniciar el expediente ante la Inspección General de Justicia. Pero paralelamente se impuso a este funcionario, a los fines de no dejar desamparados a los terceros que se vincularon con la representación local de la sociedad extranjera, el cumplimiento de una serie de medidas, hasta el vencimiento del referido plazo de 90 días, relativas al pago de las obligaciones pagaderas en la República Argentina que se encuentren vencidas o que venzan hasta entonces, y la conservación por igual plazo de bienes y fondos existentes a la fecha de la renuncia, suficientes para atender a tal cumplimiento, debiendo indicar también el lugar de pago de las obligaciones dentro del radio de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 5 a 8 de la resolución general IGJ 11/2003).

El procedimiento de desvinculación del representante local de la sociedad extranjera previsto por la resolución general IGJ 11/2003 se plasmó sin reformas en el art. 200 de la resolución general IGJ 7/2005, denominada "Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia", para luego reproducirse por la resolución general IGJ 7/2015 en los arts. 224 y siguientes y ello es solo es aplicable al representante local de la sociedad extranjera inscripto en los términos del art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550 y no al representante al cual hace referencia el art. 123, pues en este último caso, las vicisitudes que pueden afectar a la renuncia del representante inscripto de la sociedad extranjera partícipe de la filial nacional solo afectan a aquella, que, en el último de los casos, quedará sin ejercer los derechos de socio en la compañía local, por desavenencias entre la sociedad extranjera y el representante inscripto, pero en forma alguna perjudicarán a los terceros acreedores de ésta, cuya protección, como hemos visto, fue el norte de la nueva normativa administrativa analizada en los párrafos precedentes.

§. 2. Responsabilidad de los representantes locales de las sociedades constituidas en el extranjero

Conforme a lo dispuesto por el art. 121 de la ley 19.550, el representante de la sociedad extranjera debe ajustar su conducta al art. 59 de dicho ordenamiento legal, contrayendo las mismas responsabilidades que los administradores de sociedades comerciales (arts. 274 a 279), y en los supuestos de tipos no autorizados (art. 119), las de los directores de las sociedades anónimas.

Ha afirmado Boggiano con todo acierto los límites que exhibe el art. 121 de la ley 19.550, pues resulta difícil pensar que la acción de responsabilidad contra los representantes de una sociedad extranjera y con sede también en el extranjero se pueda regir por la ley argentina, si los jueces argentinos no tuvieron jurisdicción internacional para entender en ella⁽⁵⁷⁷⁾. Es por ello que el art. 121 parece circunscrito a la hipótesis prevista por el art. 124 de la ley 19.550, al supuesto de acciones de responsabilidad tramitadas en el proceso concursal por la sindicatura y a la acción individual de responsabilidad otorgada por el art. 279 a los sujetos legitimados en dicha norma.

¿Puede extenderse a sus representantes locales la condena judicial dictada contra una sociedad extranjera? En principio, no parece ello posible, salvo supuestos excepcionales, como por ejemplo, cuando detrás de la fachada de una sociedad constituida en el exterior, se encuentra una persona física, que era el verdadero dueño de los negocios sociales, o cuando en ejercicio de sus funciones, violó normas de evidente orden público, como lo son aquellas que imponen la registración del trabajador⁽⁵⁷⁸⁾.

ART. 122.—

Emplazamiento en juicio. El emplazamiento a una sociedad constituida en el extranjero puede cumplirse en la República:

a) originándose en un acto aislado, en la persona del apoderado que intervino en el acto o contrato que motive el litigio;

b) si existiere sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación, en la persona del representante.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 118 y 123. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, art. 206 inc. 6º d.; LSC Uruguay: art. 197.

ver con dicha representación, entiendo por mi parte que las violaciones a la legislación sustancial argentina no pueden beneficiar al infractor, de manera que si para concretar una determinada operación, ajena a la actividad comercial desarrollada en la sucursal, prefirió actuar al margen de su representante local inscripto en el Registro Público, no podrá luego oponerse cuando su contraparte pretenda notificarle la demanda motivada en estos actos al domicilio registrado de la sociedad foránea, pues ello importaría premiar la mala fe de éste, y no resultaría acertado hacer cargar a su contratante los costos y el tiempo que requiere la tramitación de un exhorto diplomático al país de origen, atento las dificultades concretas que existen para citar a juicio una sociedad del exterior del país.

En forma por demás equivocada, el art. 122 de la ley 19.550 no se refiere al emplazamiento en juicio de la sociedad extranjera, cuando ella se ha inscripto en los registros mercantiles locales en los términos del art. 123, esto es, cuando participa como socia o accionista en una sociedad local, omisión que resulta tanto más llamativa, si se tiene en cuenta que las acciones de responsabilidad contra los accionistas que votaron favorablemente las decisiones asamblearias adoptadas en la sociedad filial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 254 de la ley 19.550, deben tramitar por ante los tribunales argentinos.

A pesar del silencio de la ley y a la existencia de aisladas soluciones contrarias adoptadas por alguna jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles⁽⁵⁸⁵⁾, entendemos aplicable al caso lo dispuesto por el inc. b) del art. 122, y en consecuencia, cuando se demanda a una sociedad extranjera partícipe de una sociedad local, el emplazamiento debe hacerse en la persona de su representante inscripto, al domicilio constituido en el acto de cumplir con ese trámite registral⁽⁵⁸⁶⁾. De lo contrario, carecería de todo sentido la expresa exigencia efectuada por el art. 123 de la ley 19.550, en cuanto requiere de toda sociedad extranjera que participe en una compañía local, la designación y matriculación de su representante local.

Así lo ha interpretado la Inspección General de Justicia, en resolución dictada el 7 de diciembre de 2000 en el expediente "Internacional Manager Care (Bermudas) L.P.", en donde se resolvió que el emplazamiento de la sociedad extranjera que constituye o participa en sociedad local se hallaría comprendida en el inc. b) del art. 122 de la ley 19.550, pues si así no lo fuese, toda notificación a la sociedad foránea debería realizarse válidamente en el domicilio que ésta tiene en el extranjero, con todas la secuela de dificultades para los accionistas locales, los terceros, y las autoridades registrales y de control. Así lo ha ratificado la resolución general IGI 7/2015 cuando establece que la sociedad extranjera incluida en el art. 123 de la ley 19.550, debe presentar al registro mercantil, al momento de requerir su matriculación, y entre otros requisitos, la sede social en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fijada con exactitud, cuya inscripción tendrá los efectos previstos en el art. 11 inc. 2). Párrafo segundo de la ley 19.550, pudiendo facultarse expresamente al representante para fijarla. Del mismo modo, dicho ente foráneo deberá acompañar la designación del representante legal, que debe ser persona humana y que debe ajustarse a lo previsto en el art. 206 y 208 de dichas normas, recordándose al respecto que la primera de dichas normas, en su inc. 6º d. establecía que el domicilio especial fijado por el representante en la República Argentina, y a los fines del cumplimiento de las funciones con la Inspección General de Justicia, tendrá asimismo carácter vinculante el emplazamiento en su persona previsto por el art. 122 inc. b) de la ley 19.550.

El problema se presenta, como se ha puesto de manifiesto en varios precedentes jurisprudenciales, cuando la sociedad extranjera, que debió registrarse en los términos del art. 118 de la ley 19.550, por cumplir una actividad no aislada en el país, no ha cumplido con esa carga registral, y el acreedor nacional deba notificar la demanda al contratante extranjero demandado.

Sobre el tema se han propuesto dos soluciones:

a) Por una parte, una tesis restringida, que, basándose en la importancia y trascendencia que requiere toda notificación de una demanda, ella debe efectuarse en el país de origen de la sociedad extranjera⁽⁵⁸⁷⁾. En tales casos, se merituó la circunstancia que el supuesto representante de la sociedad extranjera, alegó no tener autorización para estar en juicio de la misma para responder la acción iniciada en su contra.

b) Por la otra, una tesis amplia, que obliga a meritar la conducta de la supuesta representante de la sociedad extranjera, y en consecuencia, para el caso de que de los antecedentes del proceso surja inequívocamente la existencia de representación en el país, deberá aceptarse que la notificación de la demanda se efectúe en el domicilio de aquella, careciendo de relevancia si la sociedad extranjera se ha inscripto en la República Argentina⁽⁵⁸⁸⁾.

Esta tesis es la que mejor ampara los diversos intereses que se encuentran en juego, pues parece evidente concluir que el incumplimiento por parte de la sociedad extranjera de sus obligaciones registrales en nuestro país, no puede generarle mejores derechos que los que le hubiesen correspondido de haber cumplido con las prescripciones legales imperativas de nuestro ordenamiento societario.

Repárese al respecto que el art. 122, inc. b) de la ley 19.550 obliga a emplazar en juicio a la sociedad extranjera, en la persona de su representante, cuando existiere "cualquier otra especie de representación", por lo que no parece adecuado exigir al supuesto representante de la sociedad foránea expresas autorizaciones o poderes de esta para considerarlo notificado de una demanda promovida contra la sociedad extranjera que ha representado, a los fines de contratar.

Por simple aplicación de los principios generales de derecho, si la sociedad extranjera ha permitido o facilitado su actuación a través de representantes en este país, generando en los terceros una presunción de actuación, mal puede exigir beneficios en su favor, que la ley 19.550 ni siquiera otorga a las sociedades extranjeras que cumplen su objeto social en la República, para las cuales el emplazamiento en juicio por los actos celebrados en el país debe ser efectuado en la persona de su representante.

La falta de inscripción registral de una sociedad extranjera, que estaba obligada a cumplirla, atento el grado de su actividad en el país prevista por el tercer párrafo del art. 118 de la ley 19.550, no puede constituir sino una presunción en contra de la misma, y por ello, frente a la duda que pueda generar la amplitud de las facultades de su supuesta representante, debe interpretarse a la sociedad extranjera obligada frente a la actuación de aquella, y válido el emplazamiento en juicio efectuado a la entidad foránea en el domicilio de quien la ha representado.

La jurisprudencia mercantil nacional, tan proclive por lo general a posiciones corporativas, al desprecio de los tiempos procesales y al interés de los judiciables, ha restringido, en algunos precedentes, la notificación personal en la persona del apoderado de la sociedad constituida en el extranjero, alegando que solo resulta procedente el emplazamiento personal de la sociedad extranjera demandada en el país, por medio de la persona de un apoderado convencional, cuando éste hubiera tenido una actuación decisiva en el acto que motivó la controversia, lo cual debe ser abonado con los elementos de la causa⁽⁵⁸⁹⁾. Tal es lo que aconteció en el caso "Klock Federico Sebastián y otro c/ Echt Mariano Ariel y otros s/ extensión de quiebra", dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el día 4 de octubre de 2012, en donde además se sostuvo que las características exigidas por el art. 122 de la ley 19.550, no se dan per se, en el apoderado judicial designado, toda vez que si bien éste atiende los asuntos litigiosos que la sociedad le encomienda, por el solo hecho del otorgamiento de ese mandato, el letrado no debe estar enterado del giro de los negocios de su mandante y puede desconocer los extremos necesarios para proveer una adecuada defensa de intereses que no le serán confiados hasta el emplazamiento. Pero el Tribunal llegó mas incluso más allá, sosteniendo que el intercambio de cartas documento que pudo haberse concretado en el país por medio de un letrado, en tanto actos preparatorios de una acción judicial, autoriza a tener por configurado el supuesto aludido por el art. 122 de la ley 19.550.

Esta posición es equivocada, pues olvida que el fundamento de la facultad establecida por el art. 122 de la ley 19.550 no es otro que posibilitar que el residente en la República Argentina pueda emplazar a la sociedad extranjera, sin necesidad de acudir a costosos y prolongados trámites que generalmente requieren los exhortos a través de la vía diplomática. Así lo sostuvo la sala F del mismo Tribunal, en los autos "Supermarkets Norte Investments B.V. c/ Carrefour SA y otros s/ ordinario", del 11 de julio de 2013, refutando aquellos argumentos, al sostener que "La exégesis del art. 122 LGS debe formularse a partir de las pautas que recoge su propia redacción, inteligida en forma acorde con los tiempos que corren, puesto que el excesivo rigor de los razonamientos no debe desnaturalizar el espíritu que ha inspirado su sanción, y en esa orientación parece poco plausible argüir la afectación del derecho de defensa con correlato empírico del continuo avance tecnológico en materia de comunicaciones y transporte; lo cual permitiría sostener que cualquier notificación recibida en esta República bien podría ser comunicada al abogado de la casa matriz al efecto por innumerables vías y por ende, el emplazamiento así efectuado cumpliría con los fines perseguidos por la ley procesal, no vulnerándose de ningún modo la garantía constitucional del art. 18⁽⁵⁹⁰⁾.

La importancia de la solución prevista por el art. 122 LGS salta a la vista y evita que la promoción de un pleito con una sociedad constituida en el extranjero se convierta en un verdadero calvario, siendo obligación de los jueces el de vigilar para que la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal (art. 34 inc. 5 e] del Código Procesal), de modo que la interpretación de la referida norma debe ser amplia, y refiriéndonos particularmente al debate jurisprudencial referido en el párrafo anterior, todo hace concluir que la existencia de un poder amplio a favor de determinados abogados de un estudio jurídico que los faculta a representar a la sociedad extranjera "en cualquier asunto, juicio o causa en que estuviese interesada aquella como parte actora o demandada", según los términos del poder otorgado por dicha compañía a los referidos abogados, resultan a mi juicio, coherentes con la filosofía del legislador al redactar el art. 122 de la ley 19.550 y susceptible de encuadrar el caso en el tipo legal del art. 122 inc. a) de la LGS.

Finalmente, tampoco es exigencia proveniente de la norma en análisis, el condicionamiento a que la sucursal o representación se vincule con el negocio o hecho que motiva el pleito, pues desde este vértice, aparecería antifuncional una interpretación que, invocando la amenidad de la controversia con la representación o sucursal, propiciase una notificación en el domicilio real de la sociedad demandada, dificultándose de modo injustificado al accionante domiciliado en el país, el ejercicio de los derechos conferidos por la ley⁽⁵⁹¹⁾.

ART. 123.—

Constitución de sociedad. Para constituir sociedad en la República, deberán previamente acreditar ante el juez de registro que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países respectivos e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales, en el Registro Público de Comercio y en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, en su caso.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 118 y 122. Resolución general 7/2015 de la Inspección General de Justicia: arts. 214 y 215, 245 a 257.

§ 1. Constitución y participación de la sociedad constituida en el extranjero en sociedades locales. Capacidad

La participación por parte de la sociedad constituida en el extranjero no constituye jamás un acto aislado ni puede esa actuación ser encuadrada dentro de la previsión establecida en el art. 118 segundo párrafo de la ley 19.550, porque cuando se inviste la calidad de socio o de accionista se adquiere un status que implica una serie de obligaciones y de derechos, algunos de tracto sucesivo o continuado, como los eventuales aportes y reintegros de capital, concurrencia, voz y voto en las asambleas, con las consiguientes responsabilidades previstas por el art. 254 de la ley 19.550; la percepción de dividendos, suscripción preferente de acciones, ejercicio de las acciones de nulidad de asambleas, etc. Estos actos, de los cuales será titular la sociedad constituida en el extranjero desde el momento en que participa de una sociedad local, deben ser calificados como habituales y nunca como actos aislados, que haga innecesaria la inscripción registral de la compañía extranjera.

Por ello, el art. 123 de la ley 19.550 exige a las sociedades extranjeras que participen en la constitución de una sociedad local, la acreditación de que se han constituido de acuerdo con las leyes de sus países y se inscriba su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales. No se exige, a diferencia de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 19.550, la obligación de llevar una contabilidad separada, como lo exige para la instalación de sucursales, asientos o representaciones, lo cual responde a la limitada actividad que dicha sociedad realiza en la República Argentina.

Si bien y a diferencia de lo dispuesto por el art. 118 de la ley 19.550, el art. 123 no le impone a la sociedad extranjera que concurre al país a los fines de constituir o participar de una sociedad local, la constitución de un domicilio en la República, ello no significa que la entidad externa se encuentre eximida de dicha obligación, pues así lo impone el art. 27 inc. b) del decreto 1493/1982, reglamentario de la ley 22.315, que impone a dichas compañías fijar una sede social en la República, en concordancia con lo dispuesto por el art. 122 inc. b) de la ley 19.550. Esta conclusión se impone pues ello permitirá a los terceros ejercitar contra la sociedad participante las acciones derivadas de su condición de socio y a las autoridades de control cumplir a su respecto las atribuciones propias del poder de policía que dispone.

El art. 123 de la ley 19.550 se halla vinculado con la tutela del tráfico y del comercio en general y la registración que éste impone tiene los mismos e idénticos fundamentos que ha inspirado todo el régimen de publicidad societaria, esto es, transparentar la actuación de todos aquellos sujetos, nacionales o extranjeros, que participan activamente en el tráfico mercantil de la República Argentina, haciéndolo en forma directa (art. 118) o indirecta, mediante participaciones accionarias en sociedades locales. Pero además de ello, le permitirá a los terceros y a la sociedad partícipe conocer todos los datos necesarios de la sociedad extranjera, a los efectos de iniciarle las acciones judiciales que sea necesario promover contra ella, cuando por su actuación en la República Argentina, así correspondiera.

Uno de los primeros problemas de interpretación que presentó la ley 19.550 en sus primeros años de vigencia, se centró en la necesidad de la inscripción de la sociedad extranjera que participa en una sociedad local, cuando dicha participación accionaria la adquirió de terceros, cuando esta sociedad ya había sido constituida y se encontraba en pleno funcionamiento.

Esta absurda polémica se originó en una quizás deficiente redacción del art. 123 de la ley 19.550, que se refiere a las obligaciones que deben cumplir las sociedades externas "para constituir sociedad en la República", siendo evidente desde

todo punto de vista, que dichas cargas y obligaciones deben ser perfeccionadas, tratándose de la adquisición originaria o posterior de participaciones sociales por la compañía del exterior, porque el presupuesto fáctico que inspira la norma es exactamente el mismo. De lo contrario, de interpretarse restrictivamente el verbo "constituir", como ha sido sostenido por la doctrina en forma pacífica, ello implicaría despojar de todo sentido a la norma, tornarla ilusoria y fácilmente vulnerable⁽⁵⁹²⁾.

La jurisprudencia ha seguido, desde antiguo, los lineamientos del fallo de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de fecha 9 de noviembre de 1959, en el conocido caso "Roure Dupont Sociedad de Responsabilidad Limitada", en el sentido que la constitución de una sociedad no importa la realización de un "acto aislado", sino que, por el contrario, implica el desarrollo de las más amplias y diversas actividades mercantiles, al integrarse a la vida económica del país a través de su incorporación a una sociedad local. Esta es la orientación pacífica y reiterada de nuestra doctrina, aun cuando merece destacarse el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso "Corporación El Hatillo SA s/ tercería de dominio" en autos "Potosí SA c/ Coccaro, A.", del 29 de noviembre de 1963, en el cual se resolviera que la participación en una sociedad comercial local importa, para la sociedad extranjera, la realización de un acto aislado, no sujeto a registración.

Si se llega a la conclusión, que comparto, de que la constitución de una sociedad local por una sociedad extranjera, o, lo que es lo mismo, la participación de esta en el capital de aquella, no importa la realización de un "acto aislado", sino el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos que confieren el estado de socio, y que deben ser ejercidos en forma permanente y no aislada, la necesidad de inscripción de la sociedad extranjera en los registros mercantiles locales es derivación forzosa de esa conclusión, sin que deba importar la naturaleza o quantum de esa participación, pues los principios que inspiran la norma del art. 123 de la ley 19.550 son exactamente los mismos, fuera la sociedad extranjera controlante de la sociedad local o fuera titular de muy pocas acciones de la misma.

Sin embargo, y a pesar de que esta cuestión no debería merecer cuestionamientos, jurisprudencialmente fueron esbozados varios criterios en torno a la necesidad de inscribir a la sociedad extranjera en el Registro Público de Comercio:

a) La sociedad extranjera que participa de una sociedad local debe inscribirse en todos los casos. Así lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones en los casos "Scaab Scania Argentina" y "Squibb SA"⁽⁵⁹³⁾.

b) La registración de la sociedad extranjera no es requerible si se trata de una sociedad anónima que no tiene por objeto el control de la sociedad participada o integra el directorio o consejo de vigilancia. Tal es el criterio del precedente "Parker Hannifin Argentina SA" y "A. G. Mc. Kee SA"⁽⁵⁹⁴⁾.

c) Sólo es exigible la inscripción de la sociedad extranjera cuando esta adquiere acciones para participar activamente en la sociedad emisora o cuando esa participación le otorga una posición de control, de hecho o de derecho⁽⁵⁹⁵⁾.

d) No es necesaria la inscripción de la sociedad extranjera cuando la misma sólo ha efectuado "adquisiciones circunstanciales de acciones, como pueden ser las inversiones a breve término de sobrantes financieros"⁽⁵⁹⁶⁾.

Para fundar las excepciones al principio general previsto por el art. 123 de la ley 19.550 se han sostenido varios argumentos:

Un primer fundamento, de mera exégesis de dicha norma, en la medida que el art. 123 de la ley 19.550 se refiere a la "constitución" de sociedades y no a la adquisición posterior de acciones. A ello se le ha contestado, como razón, que la expresión "constituir sociedad" empleado por el legislador debe entenderse con un criterio amplio coherente con el sentido que la ley 19.550 ha dado a la regulación de sociedades extranjeras. Por ello, no sólo queda comprendido en la norma el participar en el acto de fundación, sino adquirir posteriormente participación de cualquier tipo en sociedad local⁽⁵⁹⁷⁾. Bastaría pues soslayar la etapa fundacional de una sociedad y recurrir a la llamada "compra" de sociedades ya constituidas, e inclusive, a veces, constituidas con la sola finalidad de ser puestas en venta⁽⁵⁹⁸⁾.

Otro argumento utilizado para limitar los alcances de la registración prevista por el art. 123 de la ley 19.550 radica en el hecho de que la adquisición de paquetes societarios irrelevantes o sobrantes financieros, que no otorgan el control de hecho o de derecho, no puede ser considerada una participación societaria que impone la carga de inscribirse al ente extranjero. Sin embargo, esta manera de pensar, que no encuentra el menor respaldo en la ley 19.550, no es tampoco congruente con la finalidad del legislador, pues, como ha sido ya sostenido, la cuestión se limita a considerar la naturaleza de la inversión societaria del ente extranjero en una sociedad local y no su cuantía, pues si se interpreta, como lo he hecho, que esa operación no constituye un acto aislado, sino permanente —y así lo confirma la necesidad de ejercer continuamente los derechos de socio— nada justifica discriminar sobre la magnitud de tal participación o el grado de ejercicio de tales derechos.

En la actualidad, todas las interpretaciones al art. 123 de la ley 19.550 que fueron ensayadas por cierta doctrina, que es exactamente la misma que luego cuestionó toda la actividad de la Inspección General de Justicia en su cruzada contra las sociedades off shore, en tanto la norma en análisis apunta a la transparencia en la actuación comercial en nuestro territorio, puede considerarse totalmente superada. Como fuera dicho por la jurisprudencia, coadyuva con el criterio de exigir la inscripción de la participación del accionista sociedad extranjera en una sociedad local los principios de soberanía y control, y además, el interés de aquellos terceros que eventualmente contratan con la sociedad, sin que resulte convincente para demostrar la innecesariedad de esa registración, el argumento centrado en la cuantía de la participación de la sociedad extranjera en el ente local, en tanto tal aspecto resulta insustancial en virtud de las consideraciones expuestas⁽⁵⁹⁹⁾.

§ 2. ¿Debe cumplir la sociedad extranjera ya inscripta en los términos del art. 118 de la ley 19.550, con la registración prevista por el art. 123?

Un problema interesante que debe ser aclarado se presenta cuando una entidad extranjera que inscribe su sucursal, asiento o cualquier otra especie de representación permanente en la República Argentina y cumplió adecuadamente con la registración prevista por el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550, pretende, ya matriculada en el Registro Público de Comercio, participar como socia o accionista en una sociedad local. La cuestión radica en la necesidad —o no— del ente extranjero de volver a inscribirse en los términos del art. 123 de la ley 19.550.

Esta cuestión se planteó en la Inspección General de Justicia en el expediente "Sofora Comunicaciones Sociedad Anónima", que era una sociedad nacional que pretendió la inscripción en el registro mercantil de un aumento de su capital social resuelto en una asamblea extraordinaria unánime en la cual compareció, con el 32, 50% de las acciones, una sociedad constituida en Italia que se encontraba inscripta en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550, pero que no había cumplido la registración prevista por el art. 123. Observada pues la participación de la compañía foránea en la asamblea de la sociedad local que resolvió el aumento del capital social cuya inscripción se pretendía, ésta insistió invocando que la primera registración tornaba innecesaria la segunda y de tal manera el expediente fue destinado al dictado de una resolución particular.

La cuestión no era sencilla de resolver, pues a favor de la doble inscripción podrían invocarse los siguientes argumentos: a) La diferente naturaleza y contenido de ambas registraciones; b) La ausencia de toda previsión legal que exima a la sociedad extranjera de prescindir de la registración prevista en el art. 123 de la ley 19.550, cuando tiene ya cumplida la matriculación prevista por el art. 118 tercer párrafo del citado ordenamiento legal; c) La redacción que ofrecen dichas normas puede autorizar a sostener que las facultades del representante designado por la casa matriz para administrar la sucursal o la representación instalada en la República Argentina deben ser interpretados en forma estricta, no comprendiendo entre ellas la de participar en el acto constitutivo de una sociedad local.

Sin embargo, la Inspección General de Justicia se pronunció en sentido desfavorable a la doble registración de la sociedad extranjera, resolviéndose que la sociedad extranjera que había cumplido con la inscripción de su sucursal o representación en el registro mercantil local no requería nueva matriculación si su representante en la República Argentina decidía participar en una sociedad local, en tanto se entendió que la participación en la constitución de una sociedad local o el ejercicio de los derechos de socio en una sociedad nacional ya constituida, constituía una actuación comprendida dentro de las facultades de administración que le había sido otorgada a la persona designada desde el exterior para administrar el establecimiento constituido en el país.

En efecto: los requisitos que deben cumplir las sociedades extranjeras a los fines de la inscripción prevista en el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550 son los mismos que los previstos en el art. 123, además de otros que aquella norma incluye y que el art. 123 no lo hace, pero que pueden resultar de suma utilidad para los acreedores domiciliados en la República Argentina cuando se trata de juzgar la actuación de la sociedad externa controlante de la entidad nacional controlada, tales como la fijación por aquella de un domicilio en la República (art. 118 tercer párrafo inc. 2º), lo cual permitirá emplazarla en juicio ante los tribunales del país (art. 122 de la ley 19.550).

Por otro lado, sostuvo la autoridad de control en la resolución dictada en el caso "Sofora Comunicaciones Sociedad Anónima", dictada en fecha 9 de febrero de 2004⁽⁶⁰⁰⁾, que la exigencia prevista por el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550, en cuanto requiere a la sociedad extranjera que instala una sucursal, asiento o representación permanente en el país, que justifique la decisión de crear dicha representación, encuentra explicación en la trascendencia que dicha decisión importa para la casa matriz, en orden a la responsabilidad patrimonial que asume ante las obligaciones contraídas por su representante en la República, pues la omisión del art. 123 en cuanto a idéntico requisito para la

constitución o participación por la sociedad externa en una entidad local, hace presumir que tal actuación importa un acto de administración que no requiere autorización especial de un órgano determinado de la sociedad extranjera y que bien puede ser efectuado por el representante designado por esta compañía que estará al frente de la representación de la casa matriz en la República Argentina.

Para así concluir se tuvo en cuenta que, en el mismo sentido que el art. 27 del decreto 1493/1982, reglamentario de la ley 22.315, cuando detalla la documentación que debe presentar la sociedad extranjera que constituirá sociedad en el país, no remite al inc. c) del art. 25 del referido decreto, que sí requiere, para el caso de establecimiento de sucursales, asientos o representaciones en el país, la resolución del órgano competente de la entidad extranjera que dispuso solicitar la inscripción, lo cual ratifica, a nuestro juicio, que la constitución de una sociedad argentina o la adquisición de una participación societaria en el país constituye un simple acto de administración incluido dentro de las funciones del representante designado en los términos del art. 188 de la ley 19.550.

Finalmente, un razonamiento basado exclusivamente en razones de orden práctico, avaló la conclusión arribada por la Inspección General de Justicia en este tema, pues de no compartirse el criterio de que la inscripción de la sociedad extranjera en los términos del art. 118 de la ley 19.550 torna superfluo cumplir con lo dispuesto por el art. 123 del mismo ordenamiento legal, cuando aquella pretenda participar en sociedad local, se reproduciría la documentación requerida a la sociedad extranjera, duplicándose inútilmente la documentación archivada de la sociedad extranjera, sin agregar nada en particular.

En definitiva, la resolución dictada por la Inspección General de Justicia en el caso "Sofora Telecomunicaciones SA" del 9 de febrero de 2004 sentó la doctrina de que la inscripción de la sociedad constituida en el extranjero para el ejercicio habitual de actos de comercio (art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550) comprende la constitución o participación en sociedad comercial argentina (art. 123), ya que estas actuaciones son parte de los actos comprendidos en el ejercicio habitual a que se refiere el art. 118 de la ley 19.550, no requiriéndose, en estos casos, la inscripción prevista en el art. 123 de la misma ley, doctrina que fue expresamente incorporada a la resolución general 7/2005, denominada "Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia", cuyo art. 189 expresamente dispuso, bajo el título de "Suficiencia de la inscripción", que "El cumplimiento de la inscripción prevista por el art. 118 tercer párrafo de la ley 19.550 dispensa de efectuar la del art. 123 de la misma ley, si la sociedad, de acuerdo con su ley aplicable y las previsiones de su objeto, puede participar en otras sociedades", norma que fuera mantenida textualmente por el art. 214 de la resolución general IGJ 7/2015, que le agregó un nuevo párrafo, complementario del anterior, que textualmente dispone que "La suficiencia de la inscripción perdurará hasta que se resuelva su cancelación en los términos del art. 118. Si fuese su voluntad participando en sociedades, deberá solicitar su inscripción en los términos del art. 123 de la ley de sociedades comerciales".

§ 3. El caso de la sociedad extranjera titular de la casi totalidad de las participaciones societarias en la compañía local

Ya nos hemos referido a la cuestión cuando hablamos del caso "Coca Cola Femsa de Buenos Aires Sociedad Anónima", que se trataba de una sociedad local participada por una sociedad extranjera que era titular de la cantidad de la cantidad de 52.694.431 acciones de un total de 52.694.432 acciones, estando la restante acción en manos del representante argentino de la referida entidad foránea. Con otras palabras, la sociedad extranjera era titular del 99,9999 por ciento del capital social de la controlada nacional, llegando a la conclusión la Inspección General de Justicia, para rechazar la inscripción solicitada, que la sociedad local no era una verdadera filial, sino una sucursal disfrazada de tal, pues cuando la ley 123 de la ley 19.550 contempla una hipótesis diferente a la prevista por el tercer párrafo del art. 118, se basa en la necesidad de la existencia de una verdadera sociedad local, constituida por la entidad externa junto con otros socios. Es obvio que si la sociedad local es, sustancialmente, una sociedad de un solo socio, integrada exclusivamente por una sociedad extranjera, esta debió registrarse en los términos del art. 118 de la ley 19.550.

Ha resuelto la Inspección General de Justicia que no resulta procedente la actuación de una sociedad constituida en el extranjero que participa en una sociedad local en un 99,999999% de las acciones de ésta, y que se encuentra inscripta en el Registro Público de Comercio en los términos del art. 123 de la ley 19.550, en tanto no es concebible que bajo una registración esencialmente ajena a la realidad de su actuación, ejerza aquella entidad foránea en forma indirecta, actividades que corresponderían a la actuación directa de la casa matriz por la vía del establecimiento secundario del art. 118 párrafo tercero, de la ley 19.550⁽⁶⁰¹⁾.

Admitir lo contrario, esto es, que la sociedad extranjera pueda ser titular de la cuasi totalidad de las participaciones sociales de la filial argentina, implicaría convalidar un artificio legal, sumamente perjudicial para los intereses de quienes

se vinculan con dicho ente, que carecerían de todo derecho para perseguir a la casa matriz por las obligaciones contraídas en territorio nacional por la filial argentina, cuando en la materialidad de las cosas esta entidad no era otra cosa que una mera sucursal, dependiente totalmente de la política comercial de la falsa controlante externa.

§ 4. Aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero, partícipes de sociedades locales, de las normas de los arts. 30 a 33 de la ley 19.550

Esta cuestión resulta sumamente controvertida.

Se sostuvo, por una parte la aplicación de las normas previstas en los arts. 30 a 33 de la ley 19.550 a las sociedades constituidas en el extranjero, y en tal sentido, fue resuelto en el caso "Laboratorios Miles Sociedad de Responsabilidad Limitada", que se trataba de una sociedad extranjera que había adquirido cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, que el art. 30 de la ley 19.550 no establece ninguna excepción que limite su aplicación a determinadas sociedades, estando todas comprendidas en ellas. Se sostuvo en dicho precedente, haciendo suyos los fundamentos de la resolución del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, por entonces a cargo del Dr. Enrique Butty, que una interpretación teleológica del art. 30, conduce a la conclusión de la aplicabilidad de su régimen respecto de las sociedades constituidas en el extranjero, puesto que un temperamento contrario podría llevar a la consecuencia de la elusión del control externo por éstas, con el simple recurso de constituir en la República Argentina una sociedad no sujeta a control externo, habida cuenta que en la realidad última, el ejercicio de la actividad social corresponde también a los socios extranjeros del ente fundado en el país⁽⁶⁰²⁾.

En sentido adverso se pronunció la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Inval Sociedad de Responsabilidad Limitada", del 30 de septiembre de 1981, con el fundamento de que, tratándose la entidad filial de una sociedad de responsabilidad limitada, regida por el derecho argentino, su capacidad para ser participada, se rige por la ley nacional⁽⁶⁰³⁾, no prohibiendo la ley 19.550 a una sociedad de responsabilidad limitada regida por el derecho argentino, ser participada por una sociedad anónima sujeta a la ley extranjera.

Entiendo que, en principio, las limitaciones impuestas por los arts. 30 y 31 de la ley 19.550 no rigen para las sociedades constituidas en el extranjero, partícipes de compañías locales, pues ellas han sido pensadas para la protección de los socios o accionistas integrantes de la sociedad participante, debiendo recordarse que la sociedad extranjera se rige en cuanto a su existencia y forma por las leyes del lugar de constitución (art. 118, párrafo 1º) consagrando, aquellas normas, concretos supuestos de incapacidades de derecho, ellas valen exclusivamente para aquellas sociedades cuya existencia se rige por la ley local, y no para los entes extranjeros, para los cuales las normas nacionales que rigen la capacidad de los integrantes de una sociedad comercial no les resultan aplicables⁽⁶⁰⁴⁾. Así lo entendió, el por entonces Juez en lo Comercial de Registro, el Dr. Enrique Butty en el caso "The Advertisers Asociados Sociedad Anónima", del 24 de octubre de 1980, quien entendió que la tutela al cual apuntan los arts. 30 y 31 de la ley 19.550 resulta ajena a los intereses de la Nación o de sus habitantes, pues los eventuales perniciosos efectos se producirán para los socios de aquellos, y así también lo entiende actualmente autorizada doctrina nacional⁽⁶⁰⁵⁾.

Por el contrario, considero aplicable a las sociedades extranjeras la norma del art. 32, que prohíbe las participaciones recíprocas entre sociedades, pues dicha restricción se encuentra consagrada legalmente en protección de los terceros que han contratado con ellas, en tanto ello implica un aguamiento del capital social de ambas compañías, que afecta el principio de la intangibilidad del capital social, de evidente orden público. Y en cuanto a lo dispuesto por el art. 33 de la ley 19.550, que como es sabido, define los conceptos de control societario, dicha norma trasciende claramente las relaciones internas entre sociedad controlante y controlada, en tanto el carácter de controlante, externo o interno, impone determinadas responsabilidades especiales de las cuales las sociedades extranjeras no pueden estar eximidas (art. 54 de la ley 19.550).

§ 5. Incumplimiento por la sociedad constituida en el extranjero, de la carga registral prevista por el art. 123 de la ley 19.550

Como hemos visto, el incumplimiento por parte de la sociedad constituida en el extranjero de la carga registral prevista por los arts. 118 y 123 de la ley 19.550 implica la inoponibilidad de su actuación en la República Argentina hasta tanto cumpla con la misma.

Concretamente, cuando la sociedad externa, partícipe de sociedad local, pretende ejercer sus derechos de socia en la entidad local filial, y aquella no se encuentre inscripta en los registros mercantiles locales, no debe serle permitida ejercer sus derechos de socio mientras dure su infracción.

La cuestión se presente habitualmente cuando la sociedad local participada pretende inscribir una reforma estatutaria, y de la documentación arrojada para tal fin surge que uno de los accionistas participantes en la asamblea que resolviera esa modificación es un ente extranjero no inscripto en nuestros registros. Es de toda obviedad, a nuestro entender, que para la participación del accionista extranjero en asambleas de la sociedad local, la sociedad foránea debe estar registrada en el país y así lo ha consagrado la resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2003 en su art. 8º, al disponer que la Inspección General de Justicia no inscribirá en el Registro Público de Comercio los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en las que hubiera participado, ejerciendo el derecho de voto, sociedades constituidas en el extranjero no inscriptas a los fines de art. 123 de la ley 19.550, cualquiera haya sido la cuantía de dicha participación, siempre que los votos emitidos, por sí o en concurrencia con los votos de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social.

Dispone asimismo dicha norma, que en caso de las sociedades obligadas a la presentación de sus estados contables, la aprobación de los mismos y demás decisiones sociales recaídas en la asamblea respectiva en las condiciones ya señaladas, serán declaradas irregulares e ineficaces a los efectos administrativos. Si del acta de la asamblea o reunión de socios resulta que la participación de la sociedad constituida en el extranjero no fue considerada en la determinación del quórum y la mayoría de votos requeridos a los fines de la fiscalización o registración del acto, la Inspección General de Justicia verificará dichos recaudos tomando como base únicamente el resto del capital presente. La participación de sociedades no inscriptas conforme al art. 123 de la ley 19.550 en asambleas de sociedades por acciones sujetas a la fiscalización de la Inspección General de Justicia, hará pasibles a los directores de estas últimas, de las sanciones previstas por el art. 302 de la ley 19.550.

La cuestión ha sido definida actualmente por el art. 256 de la resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, que textualmente dispone que "En los acuerdos sujetos a inscripción en el Registro Público de sociedades locales participadas por sociedades constituidas en el extranjero, éstas deben intervenir hallándose inscriptas a los fines del art. 123 o en su caso, del art. 118, tercer párrafo de la ley 19.550. Deberán efectuarlo, asimismo por intermedio de su representante inscripto a la fecha de tales acuerdos o bien mediante apoderado investido tal y exclusivamente por dicho representante", concluyendo dicha norma que, como efectos de la infracción, los acuerdos de la sociedad participada que infrinjan lo anteriormente dispuesto no son inscribibles en el Registro Público.

ART. 124.—

Sociedad con domicilio o principal objeto en la República. La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 21 a 26 y 54 in fine. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 209, 218, 266, 267 y 268. LSC Uruguay: art. 198.

§ 1. Sociedades extranjeras constituidas en fraude a la ley

El objeto del art. 124 de la ley 19.550 es evitar que se perfeccione el fraude a la ley argentina, sometiendo a las sociedades constituidas en el extranjero a la legislación cuya aplicación sus integrantes quisieron evitar y a la jurisdicción que ellos pretendieron eludir.

Con tal objetivo, el art. 124 de la ley 19.550 contempla una importante excepción a la norma contenida en el art. 118, Párrafo 1º, pues, al contrario de esta y a los fines de evitar el fraude a la ley, somete a las leyes argentinas a las sociedades constituidas en el extranjero que tengan su sede en el país o su principal objeto esté destinado a cumplirse en esta, en lo que respecta al cumplimiento de las formalidades de constitución, o su reforma y contralor de funcionamiento.

De esta manera se consideran como sociedades locales, a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y control de funcionamiento, los entes constituidos fuera del país, en los dos supuestos allí previstos, aptos cualquiera de los dos y en forma autónoma para originar la aplicación del derecho comercial argentino, con los alcances antes mencionados.

En consecuencia, rige el derecho argentino en los siguientes supuestos:

a) Cuando la administración y gobierno del ente constituido en el extranjero se lleve a cabo en esta (concepto de sede social), ley también aplicable para los supuestos de designación de los órganos sociales.

b) Cuando su principal objeto se cumpla en la República, entendiendo por tal el "principal objeto a cumplirse exclusivamente en el país", interpretación que guarda coherencia con las restantes disposiciones de la ley 19.550. Por ello, cuando el objeto social se lleve a cabo no exclusivamente en el país, sino concurrentemente con otros lugares de ejercicio habitual de su objeto, tal supuesto de sucursal debe quedar regido por el art. 118, párrafo 3º⁽⁶⁰⁶⁾.

El encuadramiento de la sociedad constituida en el extranjero en los términos del art. 124 de la ley 19.550 corresponde a la Inspección General de Justicia, en oportunidad de efectuar el control de legalidad de los entes foráneos que pretenden su inscripción en los términos de los arts. 118 y 123 de la ley 19.550. Ello surge a mi juicio de los términos del art. 8º de la ley 22.315, denominada "Ley Orgánica de la Inspección General de Justicia", que pone a cargo de este organismo la obligación de controlar y conformar el cumplimiento de los requisitos establecidos para la actuación en el país de las sociedades constituidas en el extranjero, así como fiscalizar permanentemente el funcionamiento, disolución y liquidación de las agencias y sucursales de las entidades foráneas, en cumplimiento de lo cual la autoridad de control, no solo se encuentra facultada, sino obligada, como acertadamente lo entiende Oscar García, a comprobar, con carácter previo a su registración, la inexistencia de los supuestos de hecho establecidos en el art. 124 de la ley 19.550, pues podría por omisión, convalidar situaciones en fraude a la ley argentina, agregando este calificado autor que, por tratarse de hechos que son de pleno conocimiento de la sociedad extranjera peticionante (inexistencia de sede en la República Argentina y que su principal objeto se cumple fuera de la misma), es derivación lógica que su acreditación se le atribuya, por encontrarse en la mejor posición material y jurídica para hacerlo, y estar investida del interés correspondiente, sin perjuicio de las facultades de verificación de las que está investida la Inspección General de Justicia⁽⁶⁰⁷⁾.

Ha sido sostenido, siempre con la finalidad de impedir o enervar los efectos previstos por el art. 124 de la ley 19.550 que las consecuencias previstas por el art. 124 de la ley 19.550, esto es, considerar a la sociedad extranjera como local, a los fines allí determinados, solo puede ser aplicada por vía judicial, previo juicio de conocimiento. Esta conclusión fue expuesta por Ramayo⁽⁶⁰⁸⁾, comentando el caso "Great Brands SA", quien a modo de conclusión sostuvo que "La decisión judicial que encuadra en el art. 124 de la ley 19.550 a una sociedad constituida en el extranjero, que figura inscripta de acuerdo con el art. 123, debe ser la resultante de un proceso contradictorio, con intervención del Ministerio Público, con la producción de las pruebas pertinentes y con el pleno ejercicio del derecho de defensa por parte de la sociedad extranjera, que pueda dar una base suficiente para declarar la ineficacia extraterritorial de la personalidad jurídica extranjera y en razón de ello, considerarla como una sociedad local, a los fines del cumplimiento de las previsiones del art. 124".

Resulta muy difícil coincidir con esta tesis, por varias razones: En primer lugar, porque la redacción del art. 124 de la ley 19.550 no exige una sentencia judicial para la declaración de los efectos allí previstos; Por otro lado, pretender aplicar la norma del art. 124 luego de varios años de pleito, con las demoras que supone notificar por exhorto diplomático a una sociedad constituida en una isla del Océano Indico o en algún otro país remoto del planeta, supone desvirtuar el sentido de la norma y hacerle perder toda su finalidad; En tercer lugar, porque la supuesta sentencia judicial que declare incurso a una sociedad extranjera en la norma del art. 124 de la ley 19.550 carece de sentido final útil por sí misma, en tanto lo que se pretenderá, con su invocación, es aplicar a sus integrantes la responsabilidad solidaria e ilimitada propia de una sociedad irregular, invocando como fundamento para ello la inclusión de dicho ente en los supuestos fácticos previstos por esta norma. Así lo ha resuelto la jurisprudencia en fecha reciente, declarando que la inclusión de una sociedad extranjera en la situación prevista por el art. 124 de la ley 19.550 implica considerarla como sociedad irregular que autoriza la imposición a sus integrantes la responsabilidad amplia prevista en el art. 23 primer párrafo de la ley 19.550⁽⁶⁰⁹⁾. Finalmente, y este argumento resulta a mi juicio decisivo, si la inclusión de la sociedad extranjera en la hipótesis prevista por la norma en análisis, obligará a considerarla como sociedad local, a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento, resulta de toda evidencia concluir

que dicha constatación debe estar a cargo de la Inspección General de Justicia que, además, es el órgano de control de tales entidades, a tenor de lo dispuesto por el art. 8º de la ley 22.315.

Fue asimismo sostenido por cierta doctrina⁽⁶¹⁰⁾, la inaplicabilidad del art. 124 de la ley 19.550 a la sociedad extranjera registrada en los términos del art. 123 de dicho cuerpo legal. Dicha tesis se funda en el hecho de que el fraude a la ley contemplado en el art. 124 no se da en el escenario del art. 123, por cuanto ahí ya existe configurada desde el vamos una sociedad local ajustada al cumplimiento de las formalidades de constitución o reforma y al contralor de funcionamiento por órganos reguladores existentes en el país. O sea que —transcribiendo textualmente la opinión de Vergara del Carril— la sanción establecida por el art. 124 devendría abstracta, porque la sociedad local que allí se ordena constituir a modo de adecuación para el recto cumplimiento del objeto social, ya está constituida con fijación de propia sede en la República.

Lejos nos encontramos de coincidir con esta interpretación. La inserción de la hipótesis de fraude prevista en el art. 124 de la ley 19.550, cerrando el capítulo dedicado a las sociedades constituidas en el extranjero, hace presumir que comprende en su seno todas los supuestos previstos en las disposiciones anteriores (arts. 118 a 123), cuando ellos son utilizados en contra de la finalidad impuesta por el legislador. Por otro lado, la constitución de una sociedad local por parte de una entidad constituida en el extranjero implica, de alguna manera, una forma de instalación permanente en la República Argentina, como lo ha resuelto la jurisprudencia de nuestros tribunales de comercio desde hace casi setenta años, en los célebres casos "Underwood Sociedad de Responsabilidad Limitada"⁽⁶¹¹⁾ y "Casuar Sociedad de Responsabilidad Limitada"⁽⁶¹²⁾, por lo que no se encuentran fundamentos convincentes que autoricen a limitar la aplicación de la solución prevista por el art. 124 a los supuestos previstos por el art. 118.

Tampoco advertimos que la inscripción de la sociedad local, participada por el ente extranjero, pueda tornar estéril la solución prevista por el art. 124 de la ley 19.550, pues de lo que se trata es de imponer la normativa que le corresponde en derecho a la sociedad que, debiendo ser argentina, se ha disfrazado de sociedad constituida en el exterior para evitar la aplicación de determinadas normas que, insertas en el derecho argentino, han querido ser evitadas por los autores de esta maniobra. De manera tal que si una sociedad que aparece solo formalmente como constituida en el extranjero, pero que carece de toda actividad comercial en su país de origen o en otro lugar del exterior, comparece como fundadora o accionista de una sociedad local, la inscripción de ésta en el Registro Público de Comercio nada agrega a la cuestión, en tanto la consideración de aquella como sociedad nacional y por lo tanto irregular —tal la consecuencia legal de la inclusión de una sociedad en los términos del art. 124— es cuestión que sobradamente interesará a los socios de la entidad controlada, en orden a lo dispuesto por el art. 254 de la ley 19.550 y más aún a los terceros, para el caso que correspondiera extender la responsabilidad de la controlada local a la controlante, solo formalmente extranjera pero sustancialmente argentina.

La doctrina de la inaplicabilidad del art. 124 de la ley 19.550 al supuesto previsto por el art. 123 fue, a nuestro juicio, reducida a cenizas por la Sra. Fiscal de Cámara, Dra. Alejandra Gils Carbó, en el dictamen presentado en el expediente "Inspección General de Justicia c/ Synfina Sociedad Anónima", de fecha 5 de junio de 2007, donde dicha funcionaria sostuvo que la norma del art. 124 de la ley 19.550, así como el art. 4º de la resolución general IGJ 7/2003 que lo reglamenta, son aplicables a las sociedades inscriptas en los términos del art. 123 de dicho ordenamiento legal, conclusión basada en los siguientes razonamientos:

a) La finalidad perseguida por el legislador en el art. 124 de la ley 19.550 no se encuentra satisfecha con la inscripción en los términos del art. 123 de dicho ordenamiento legal y al respecto, el análisis de la finalidad perseguida por el art. 123 de dicho cuerpo legal otorga luz a esta cuestión.

b) Con anterioridad a la introducción del art. 123 de la ley 19.550 a nuestro ordenamiento legal societario, existía cierta controversia con relación a si la participación de una sociedad extranjera en una sociedad local constituía un acto aislado, que no requería inscripción alguna, o ejercicio habitual, que requería la inscripción en los términos del art. 118, 3º párrafo de la ley 19.550 y en este contexto, el art. 123 del ordenamiento societario vino a poner fin a dicha controversia determinando que la participación en una sociedad local no constituye un acto aislado. El referido art. 123 creó una especie de tercera categoría de actuaciones, dado que la sociedad extranjera sólo debe acreditar que se encuentra constituida de acuerdo con las leyes de su país e inscribir su contrato social, reformas y demás documentación habilitante, así como la relativa a sus representantes legales.

c) El art. 123 de la ley 19.550 apunta a la tutela del tráfico y del comercio en general; fue incluido en la normativa societaria a los fines de acreditar la existencia del socio extranjero, permitir seguirlo en la persona de su representante, no tornar ilusorio el régimen de su responsabilidad por ser socio y además someter a la sociedad en que participa al régimen contable especial de las sociedades vinculadas o controladas si tal fuere el caso.

d) La finalidad perseguida por el art. 124 de la ley 19.550 excede los propósitos del art. 123. En efecto, la finalidad del art. 124 es ratificar la soberanía del Estado para ejercer el poder de gobierno sobre una sociedad, cuya actividad económica es desarrollada en la Argentina y que fue constituida en el exterior al sólo efecto de evadir la ley y la jurisdicción argentina. Para ello, no basta con visualizar al socio extranjero, como lo prevé el art. 123, sino que es necesario considerar a la sociedad como local a los efectos de garantizar la aplicación de las leyes argentinas de orden público así como la jurisdicción de los tribunales locales.

e) Resulta improcedente sostener, a los fines de sustentar la inaplicabilidad del art. 124 de la ley 19.550 al supuesto previsto por el art. 123 de dicha normativa, que dado que la sociedad local está sometida a las leyes y a la jurisdicción local, el Estado puede controlar adecuadamente el tráfico comercial a través de su control de la sociedad local, en donde la extranjera participa. Sin embargo, si la sociedad extranjera participante es en realidad una sociedad local, entonces no sólo la sociedad participada sino también la sociedad accionista deben estar sometidas a las normas de orden público en materia societaria, fiscal, concursal, entre otras, así como a la jurisdicción de los tribunales locales.

La norma del art. 124 de la ley 19.550, de evidente orden público, impide que pueda ser constituida una sociedad comercial en el extranjero a los fines de desarrollar con exclusividad una actividad en la República Argentina, pues la elección de la legislación aplicable al funcionamiento interno o externo de una sociedad comercial no es materia disponible para quienes la integran.

En contra de ello se sostuvo que el derecho de los socios de elegir el cuerpo normativo legal aplicable a la relación societaria existente entre ellos, aún cuando la totalidad del emprendimiento comercial llevado a cabo por esa sociedad se desarrollara en su totalidad en la República Argentina constituye una práctica universal de los inversores internacionales que prefieren crear una sociedad especial en su jurisdicción o en otra que conocen, para canalizar y aislar sus negocios en cada país receptor como también el usual requerimiento de quienes financian proyectos en la Argentina, que prefieren otorgar sus préstamos a sociedades fuera de la jurisdicción local⁽⁶¹³⁾. En este mismo sentido, Manóvil sostuvo que si bien el art. 124 de la ley 19.550 establece que una sociedad asentada en el exterior, cuyo objeto sea desarrollar actividades en la Argentina, debe cumplir con las formalidades de su constitución, atendiendo a la legislación local, ello no significa necesariamente que esa sociedad deba constituirse en el país. Para graficar esa conclusión, Manóvil remite a la historia, afirmando que si la interpretación del art. 124 de la ley 19.550 hubiere sido la contraria hubiere estado vigente a fin de siglo XIX, las sociedades constituidas en Gran Bretaña, cuyo único objeto era construir y explotar los ferrocarriles en la República Argentina, no lo hubieran podido hacer⁽⁶¹⁴⁾.

A nuestro entender, este razonamiento colisiona frontalmente no solo con principios generales contenidos en la ley 19.550, sino también con lo dispuesto por el art. 124 de la ley 19.550, que se funda en las normas previstas por el art. 1209 del Código Civil, que legislando sobre los efectos de los contratos, prescriben una serie de reglas de evidente orden público.

En primer lugar, si la ley 19.550 se ha enrolado en el principio de la tipicidad, y al respecto los arts. 1º y 17 son elocuentes, mal puede sostenerse sin contradecir tal regla, que los ciudadanos extranjeros puedan optar por cualquier tipo social existente en su país de origen o en cualquier otro lugar del planeta, a los fines de constituir e integrar una sociedad que desarrollará su objeto exclusivamente en la República Argentina. Lo impide expresamente el art. 1209 del Código Civil, plenamente aplicable a toda relación societaria mercantil, en cuanto establece que "Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros".

El art. 124 de la ley 19.550 ratifica este criterio, y cuando dice que la sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma, no está diciendo otra cosa que los ciudadanos ingleses a que se refería Manóvil, deben constituir una sociedad local, pues "las formalidades de constitución" a las que alude dicha norma no pueden ser otras que la adaptación del contrato social al régimen legal argentino, pues de lo contrario se consagraría una manifiesta desigualdad, repugnante a la Constitución Nacional, entre los habitantes de la República Argentina, que al constituir una sociedad deben ajustar su contrato social a la legislación nacional y los ciudadanos extranjeros, residentes en su país de origen, que ante la misma situación, pueden optar por las normas societarias inglesas o de cualquier otro país que les resulta conveniente, cuando la totalidad de la actividad empresaria celebrada por esta sociedad se desarrollará en la República Argentina. No parece justo entonces que los ciudadanos argentinos deban someterse al régimen de nominatividad obligatoria, a las normas de protección de terceros previstas —entre otras— por los arts. 30 a 33 de la ley 19.550, al régimen de garantías de los directores y a otras normas de orden público previstos por el ordenamiento societario argentino, en especial aquellas que receptan el principio de la intangibilidad del capital social, cuyos destinatarios son, se reitera, los terceros ajenos a la sociedad, cuando nuestros queridos ingleses del ejemplo del Profesor Manóvil, interesados en invertir en la Argentina, constituyen una sociedad regida por las leyes de las islas Vírgenes Británica, el Estado de Delaware, de Gibraltar o de cualquier otro paraíso fiscal,

que, como todos conocen, se caracterizan por una opacidad total, en tanto ellas han sido previstas, precisamente, para asegurar el anonimato de sus verdaderos integrantes, garantizando asimismo la total impunidad por el riesgo empresario asumido.

La posición asumida por Grondona y Manóvil, que admiten sin reservas el derecho de los ciudadanos extranjeros para elegir la normativa aplicable a sus relaciones societarias en cualquier lugar del mundo, no es nueva ni original, así como tampoco lo es el criterio desfavorable con que siempre se ha juzgado esta tesis. Es conocido por todos quienes se especializan en derecho societario lo acontecido en Francia en el caso "Moulin Rouge Attractions Corporation Limited", donde se trataba de una sociedad incorporada al derecho inglés, esto es, constituida y domiciliada en Londres, cuyo objeto exclusivo consistía en la producción de espectáculos de entretenimiento en París, siendo resuelto por la Corte de Casación de Louvre que se trataba de una maniobra elusiva de obligaciones formales e impositivas francesas y la consideró a todos los efectos como una sociedad francesa⁽⁶¹⁵⁾.

§ 2. Efectos del encuadramiento de la sociedad constituida en el extranjero en los términos del art. 124 de la ley 19.550. La jurisprudencia nacional

Los alcances de la consideración del ente extranjero como "sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma", como lo dispone el art. 124 de la ley 19.550, resulta una fórmula que no se caracteriza precisamente por su claridad, habiendo sido preferible utilizar la redacción del antiguo art. 286 del derogado Código de Comercio —norma antecedente del art. 124 de la ley 19.550— que consideraba a estas compañías como locales, a todos sus efectos. Esta fórmula, curiosamente, es la que utilizan por lo general los países que exportan sociedades off shore, donde no gusta recibir compañías de esta misma naturaleza.

La ley 19.550, adoptó un criterio restringido en lo que respecta a los alcances previstos por el art. 124 de la ley 19.550, en tanto ha considerado a la sociedad extranjera incurso en las hipótesis previstas por el art. 124 de la ley 19.550, como una sociedad local pero, a los fines del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y control de funcionamiento, con lo cual, la sociedad que encuadra en las hipótesis previstas en dicha norma, deben cumplir no solo los requisitos formales del instrumento de constitución o de publicidad, sino la necesidad de que el contrato constitutivo o estatuto debía ser redactado respetando todos los elementos y requisitos previstos por los arts. 1º y 11 de la ley 19.550 y los propios de cada tipo social. En definitiva, el encuadramiento en los términos del art. 124 de dicha normativa, obliga a la compañía extranjera a redactar un instrumento constitutivo, con todas las formalidades que la ley 19.550 impone para la fundación de una sociedad nacional⁽⁶¹⁶⁾.

Como conclusión de todo ello, la sociedad constituida en el extranjero, pero encuadrada en la hipótesis prevista por el art. 124 de la ley 19.550, debe considerarse, hasta tanto se haya regularizado o nacionalizado, como una sociedad irregular, sometida a las normas de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550, y así lo ha entendido la jurisprudencia en el caso "Boskoop Sociedad Anónima s/ quiebra, Incidente de apelación", dictado por la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fecha 18 de abril de 2006, donde se resolvió, compartiendo las conclusiones de la Fiscalía de Cámara, que las sociedades del art. 124 de la ley 19.550 no son sociedades regularmente constituidas en su país de origen que vienen a participar legítimamente de los negocios que se celebran en la República Argentina, sino que, por el contrario, son sociedades que debieron ser argentinas, pero que no lo son, porque quienes son sus controlantes o dueños exclusivos de su capital accionario, pretenden actuar desde la sombras y ocultar su proceder, violando expresas normas de la legislación argentina.

Sin perjuicio de lo expuesto, la aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero incluidas dentro del art. 124 de la ley 19.550 a la normativa dedicada a la irregularidad societaria, que es solución que se ajusta a los términos de dicha norma, perdió todo sentido y congruencia con la sanción de la ley 26.994, cuyos cambios, en especial el referido al régimen de responsabilidad de sus socios, que de ser solidaria, ilimitada y no subsidiaria en el régimen original de la ley 19.550 pasó a ser simplemente mancomunada por partes iguales entre ellos y sin responsabilidad solidaria por la insolvencia de alguno de sus integrantes, impone concluir que la solución prevista para las sociedades del art. 124 debe ser otra.

Si partimos de la base de que se trata, dichas sociedades, de compañías que debieron ser argentinas, porque acá tienen su domicilio o desarrollan su objeto principal o, con otras palabras, aquellas en las cuales sus controlantes, socios y administradores recurrieron al fraude para satisfacer sus beneficios personales, es de toda evidencia concluir que resulta una verdadera incongruencia y una notoria desigualdad en el trato, aplicarle a las mismas las normas de los nuevos arts. 21 a 26 de la ley 19.550 en su actual versión, que en los hechos se parecen más a un tipo social —que no lo son—

que a una anomalía societaria, por incumplimiento de los requisitos registrales impuestos por el ordenamiento societario, toda vez que, al quitarles a las sociedades de la sección IV del capítulo I de la ley 19.550 su claro matiz sancionatorio, la aplicación de los arts. 21 a 26 a quienes han incumplido las cargas inscriptorias previstas en los arts. 5º a 7º de la ley 19.550, ha perdido todo sentido.

Considero en definitiva que debe serle aplicable a las sociedades constituidas en el extranjero en fraude a la ley, las disposiciones más estrictas en materia de responsabilidad. Al respecto y estimando inadmisibles —por las razones expuestas— incluir a las falsas sociedades extranjeras dentro de las normas que regulan a la irregularidad, corresponde aplicarles, por un principio de coherencia, las disposiciones del art. 18 de la ley 19.550, pues el fraude a la ley siempre implica ilicitud en el objeto. Así lo reconoce el art. 12 del Código Civil y Comercial de la Nación y como bien lo sostiene Lorenzetti, las consecuencias del acto en fraude a la ley no puede ser otra que su total ineficacia⁽⁶¹⁷⁾.

§ 3. Análisis de la jurisprudencia elaborada en torno al art. 124 de la ley 19.550

A pesar de que la norma del art. 124 de la ley 19.550 debería haber registrado una abundante interpretación jurisprudencial, habida cuenta la enorme cantidad de sociedades extranjeras ficticias o sociedades off shore, que operaron en nuestro país en los últimos treinta años, lo cierto es que no son muchos los precedentes jurisprudenciales que han contribuido a dar claridad a los alcances previstos por dicha norma, extraño fenómeno que puede obedecer a la tolerancia que, hasta hace muy poco tiempo, los tribunales exhibían con respecto a estas sociedades, a las cuales le daban el mismo tratamiento que a cualquiera de las entidades constituidas legítimamente en el extranjero y que se incorporaban al tráfico mercantil de la República a los fines de desarrollar, con honestidad y transparencia, las actividades empresarias comprendidas en su objeto social.

a) El caso "Belforte Uruguay Sociedad Anónima"

En el caso "Belforte Uruguay Sociedad Anónima", resuelto por la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial del 16 de abril de 2003, se resolvió que la norma del art. 124 de la ley 19.550 no contradice lo dispuesto por el art. 40 del Tratado de Montevideo de 1940, sino que es complementaria y puede integrarse sin dificultad.

Se trataba de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay que contaba con importantes bienes en la República Argentina, en donde esta compañía desarrollaba una importante actividad comercial, que excedía ampliamente el concepto de actos aislados previstos por el segundo párrafo del art. 118 de la ley 19.550. Ello permitió concluir al referido tribunal de alzada, que atendiendo a la realidad económica y a la entidad del giro de la sociedad extranjera, más que al ropaje formal de sucursal, ésta puede ser incluida en el concepto de casa independiente, mencionada en el art. 41 del Tratado de Montevideo de 1940, por lo el tribunal concluyó que una aproximación mayor a la realidad subyacente conduce a la conclusión que la sociedad "Belforte Uruguay Sociedad Anónima", encuadraba mejor en la hipótesis del art. 124 de la ley 19.550.

b) El caso "Great Brands Inc. sobre concurso preventivo"

Los antecedentes únicos que presentó el caso "Great Brands Inc." nos obliga a detenernos en este precedente, que implicó adoptar, a mi juicio, una postura restrictiva tan extrema que esterilizó la eficacia de la norma del art. 124 de la ley 19.550.

La compañía "Great Brands Inc." era una sociedad off shore constituida en las Islas Caimán al amparo de su legislación societaria, que permite llevar a cabo cualquier objeto no prohibido por las leyes de su país. Su principal activo lo constituía el 99,99% del paquete accionario de una renombrada y antigua empresa argentina (Havanna Sociedad Anónima), encontrándose aquella entidad extranjera inscripta en el Registro Público de Comercio de la Ciudad de Buenos Aires en los términos del art. 123 de la ley 19.550.

Pues bien y cuando esta supuesta sociedad foránea se presentó en concurso preventivo de acreedores por ante un juzgado en lo comercial de la Ciudad de Buenos Aires, su pretensión fue, con toda lógica, rechazada liminarmente por resolución dictada el 3 de octubre de 2002⁽⁶¹⁸⁾, en la cual se esgrimieron los siguientes fundamentos:

a) Por tratarse de una sociedad extranjera, cuyo único activo lo constituye la titularidad del paquete de control de una sociedad comercial argentina y su única actividad la de ejercer los derechos de accionista en la sociedad local, aquella queda encuadrada en lo dispuesto por el art. 124 de la ley 19.550.

b) La sociedad "Great Brands Inc." constituye lo que se denomina una sociedad off shore, a las cuales se definió como las sociedades extranjeras que se constituyen con el objeto de realizar sus actividades en otro, aclarando el juez de primera instancia que si bien no toda sociedad extranjera incurre necesariamente en la prescripción del art. 124 de la ley 19.550, su aplicación es forzosa cuando aquella tiene su sede en la República Argentina o desarrolla en este país su principal objeto, pues solo en tales supuestos se verifican puntos de conexión de derecho internacional privado local, que torna aplicable el derecho argentino, con exclusión de cualquier otra legislación extranjera.

c) El régimen del art. 124 de la ley 19.550 no es sino una exigencia impuesta por la preservación del orden público societario, el cual se materializa en normas de policía de derecho internacional privado argentino, a través de las cuales se desplaza la aplicación de cualquier legislación extranjera y se impone la aplicación del derecho argentino cuando, por las características de la situación, es dable presumir, sobre la base de signos objetivos —como lo son la de la sede social en la República o el principal objeto destinado a cumplirse en ella— que la constitución en el extranjero de la sociedad ha obedecido a eludir las leyes argentinas, sin que sea necesario indagar psicológicamente la existencia de una intención fraudulenta, en razón de estar a la vista las circunstancias que así lo evidencian.

d) En casos en que la única actividad denunciada por la sociedad extranjera es ser propietaria de un conjunto de acciones que le permiten tener el control absoluto de una sociedad argentina, no parece dudoso que la situación resulte subsumible en el supuesto de hecho reglado por el art. 124 de la ley 19.550, debiendo aplicarse a la sociedad afectada la regulación prevista para las entidades nacionales, mucho más cuando la sociedad "off shore" de que se trata no tiene ninguna otra actividad en el país donde se constituyó o en terceros países, sino que actúa exclusivamente en la República Argentina, lo cual puede constatararse a través de un simple examen de los estados contables de la misma.

e) Si del estatuto de la sociedad extranjera, encuadrable en lo dispuesto por el art. 124 de la ley 19.550 surge que dicha entidad fue conformada inicialmente como "unipersonal", integrada por un único socio, situación que subsistió hasta su presentación concursal, ello descarta la posibilidad de calificarla como "sociedad irregular", sino que, por el contrario, la sociedad de un solo socio debe ser considerada como nula conforme a nuestro derecho positivo, por ausencia de un elemento tipificante, o si se quiere, más que hablar de nulidad debería hablarse de una verdadera "inexistencia" o "no acto", sanciones éstas que privan de todo efecto al acto constitutivo y tornan inoponible a los terceros la supuesta persona jurídica que de él dimana.

Apelada la aludida resolución, cuyos fundamentos resultaban a mi juicio ilevantables, la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Ciudad de Buenos Aires, en fallo del 27 de diciembre de 2002 revocó la misma y abrió el concurso preventivo de la sociedad "Great Brands Inc.", invocando los siguientes fundamentos:

1) En tanto la sociedad "Great Brands Inc." cumplió con los requisitos previstos por el art. 123 de la ley 19.550, no corresponde incluirla automáticamente en la solución prevista por el art. 124, pues la posición de control absoluto que una sociedad extranjera tiene en una sociedad local, no autoriza, por ese solo hecho, que aquella quede encuadrada sin más en la mencionada norma. Sostuvo el tribunal de apelaciones que todo razonamiento basado en la posibilidad de fraude resulta poco idóneo para establecer principios generales y proceder de esa manera entrañaría riesgos mayores e importaría dejar de lado un ajeo principio general de nuestro derecho privado basado precisamente en una presunción inversa (buena fe).

2) La inscripción prevista en el marco del art. 123 de la ley 19.550 resulta suficiente para resguardar el orden público societario, dadas las amplias facultades que la ley le confiere al Organismo de Control.

3) Aún cuando fuere cierto que la íntegra actividad de la sociedad local controlada se desarrolle en el país, y la titularidad de sus acciones pareciera ser el principal activo de la sociedad extranjera que controla aquella, tales aspectos no definen el encuadramiento de esta sociedad en el art. 124 de la ley 19.550, si se toma en consideración, precisamente, la referida amplitud material y especial de su objeto, conforme sus estatutos. Es más, el carácter potencial que tiene necesariamente la enunciación del objeto social, como proyecto liminar de la dinámica actividad societaria ulterior, impide, en el caso, considerar a priori que dicho objeto esté destinado a cumplirse en la República Argentina.

4) El art. 124 de la ley 19.550 hace extensiva la aplicabilidad de nuestras leyes a la sociedad constituida en el extranjero, en los supuestos y con los efectos que allí se mencionan, pero de ello no puede inferirse la negación del carácter mismo del sujeto de derecho o la supresión de la personalidad a no ser que se trate de supuestos específicos como los que prevén los arts. 18 a 20 de la ley 19.550 y con los alcances antes señalados.

5) En cuanto al tema de la sociedad de un solo socio, al cual el sentenciante de primera instancia dio enorme virtualidad a los fines de frustrar el concursamiento preventivo de la sociedad off shore, el tribunal de segunda instancia adoptó un criterio diferente, sosteniendo al respecto que la ley 19.550 prevé una solución al "socio único", bien que transitoria, en el art. 94 inc. 8º de la ley 19.550, que constituye una hipótesis en la que se preserva la continuación de la misma entidad, confiriendo un lapso para la incorporación de nuevos socios, sosteniendo el tribunal que en las legislaciones que admiten, como tipos posibles, las empresas unipersonales de responsabilidad limitada o sociedades de un solo socio, los derechos de terceros o el interés fiscal encuentran eficaz tutela en un examen de las relaciones jurídicas en particular, sin necesidad de generalizar el desconocimiento de la imputación diferenciada.

6) Con otras palabras, sostuvo la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Great Brands Inc." que, teniendo en cuenta que no es dable prescindir, en la hipótesis prevista por el art. 124 de la ley 19.550, de la calidad de sujeto de derecho de la sociedad extranjera, aún con las adecuaciones que eventualmente pudieran ser requeridas, la misma, como persona de existencia ideal que es, tiene abierta la vía de instar su concurso preventivo, y esta solución es procedente, aún cuando se trate de una sociedad de un solo socio, ya que en caso de no poder suplirse esta situación en el lapso previsto con ese propósito, el desenlace final sería un proceso liquidatorio y es claro que en la ley 19.550, la sociedad en liquidación conserva su personalidad jurídica y es igualmente, como tal, un sujeto concursable.

7) Finalmente, no dejó de mencionar la Cámara, que la tesis que predomina en la actualidad, en materia de concurso preventivo, es la de facilitar su presentación y no, como fuera resuelto en primera instancia, dificultar el acceso a la solución preventiva. Sostuvo al respecto el tribunal que corresponde interpretar la ley concursal, sobre todo luego de la reforma de 1995, y más aún, con la ley 25.589, en el sentido de propiciar la solución preventiva como medio para superar las crisis patrimoniales de la empresa.

Si bien es cierto que el dictado de este fallo ocurrió durante la más grave crisis económico y financiera que atravesó nuestro país, y que, por aquellos difíciles momentos, pudo pensarse —bien que equivocadamente— que cualquier remedio era bueno para conservar una fuente de trabajo, no lo es menos que todos los argumentos expuestos por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Great Brands Inc." implicaban directamente dejar en letra muerta la solución prevista por el art. 124 de la ley 19.550, pues si se deba por sentado que: a) Se trataba de una sociedad constituida en un paraíso fiscal; b) Que tenía prohibido el ejercicio de toda actividad empresarial en su país de origen; c) Que su única y exclusiva actividad se desarrolló en la República Argentina y d) Que era, además, una sociedad de un solo socio, prohibida por la legislación argentina, su acceso a la solución preventiva prevista por la ley 24.522 era sencillamente impensable. Por otro lado, descartar la aplicación del art. 124 de la ley 19.550 por el simple hecho de que el estatuto de la sociedad off shore incluyera una multiplicidad de objetos, implica directamente desconocer la operatoria off shore e incurrir en un dogmatismo inadmisibles e incompatible con la labor de administrar justicia, pues no se trata, a los fines de encuadrar a una sociedad extranjera en lo dispuesto por el art. 124 de la ley 19.550, de cuáles son las actividades que puede realizar la misma, conforme su estatuto, sino las que efectivamente desarrolla en territorio argentino.

Con la doctrina sentada en el caso "Great Brands Sociedad Anónima" se convalidó el triunfo de la trampa, pues quien había burlado la legislación argentina y se había disfrazado de entidad extranjera, para hacer en el exterior lo que la ley nacional no le permite (constituir sociedades de un solo socio, con acciones al portador y objeto social comprensivo de toda actividad empresarial o no), pudo salirse con la suya (presentar su concurso preventivo en el país), basado en argumentos artificiales que, más allá de su dogmatismo, pudieron ser aplicables en otras épocas, de mucha mayor moralidad en el mundo empresarial, pues desde hace ya muchos años y en nuestro medio, resulta una verdadera ingenuidad sostener que, dentro del tráfico mercantil lo principal es la buena fe y lo patológico es el fraude.

c) El caso "Boskoop Sociedad Anónima s/ quiebra, Incidente de apelación"

Se trataba de un pedido de quiebra promovida contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, bajo las directivas de la ley 11.073, que tenía como única actividad la explotación como garaje, de un importante inmueble que dicha sociedad tenía en la ciudad de Buenos Aires, no habiendo sido inscripta dicha sociedad en el Registro Público de Comercio local, en los términos del art. 118 de la ley 19.550.

Entendió la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en fallo del 18 de abril de 2006, que, atento sus características, esa sociedad off shore, constituida en el extranjero debía ser considerada como una sociedad irregular para nuestro derecho, al tratarse de una sociedad constituida in fraudum legis, pues al ser considerada local, conforme lo prescripto por el art. 124 de la ley 19.550, ella debió haber cumplido con el requisito de inscripción ante el registro mercantil local.

Sostuvo la Sra. Fiscal de Cámara, la Dra. Alejandra Gils Carbó, en dicho precedente, que si bien en el marco del derecho privado, las partes pueden, en principio, elegir el derecho y la jurisdicción aplicable, ello no es así cuando se encuentran

en juego normas de orden público, como la ley concursal que fija la competencia del juez falencial y las normas societarias que requieren la inscripción de sociedades ante la Inspección General de Justicia. Una conclusión diversa implicaría sostener que una sociedad no tendría más que constituir un domicilio en el exterior para evadir las normas concursales argentinas, sin que los jueces de este país puedan ejercer su competencia en aras de proteger a los acreedores locales y decidir el conflicto planteado entre el crédito y la sociedad en estado de insolvencia, de acuerdo con las normas fijadas por el estado argentino.

§ 4. La opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El caso "Compañía General de Negocios Sociedad Anónima pedido de quiebra por Mihanovich Ricardo L."

Finalmente, la problemática de las sociedades off shore llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que se pronunció sobre el tema en fecha 24 de febrero de 2009.

Se trataba de una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay, dedicada a la intermediación financiera, que en virtud del régimen establecido en ese país por la ley 15.332, tenía prohibido realizar esa actividad en el Uruguay y solo podía tomar fondos y prestarlos en el exterior. Como consecuencia de ello, la sociedad, denominada "Compañía General de Negocios Sociedad Anónima", si bien realizó toda su actividad en la ciudad de Buenos Aires, nunca se inscribió en el registro mercantil local.

Formulado un pedido de quiebra ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, la magistrado de primera instancia rechazó esa pretensión, con el argumento de que el proceso concursal de esa entidad financiera debía tramitar ante los tribunales de su país de origen, solución que fue confirmada por la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, por resolución del 14 de mayo de 2005. Ante ello, el peticionario de la quiebra y la Sra. Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, que oportunamente había dictaminado por la revocación del fallo de primera instancia, dedujeron sendos recursos extraordinarios que fueron concedidos en lo referente a la cuestión federal planteada pero denegados respecto de la invocada causal de arbitrariedad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto el pronunciamiento de segunda instancia, disponiéndose el dictado de un nuevo pronunciamiento, merituando dicho tribunal que el tribunal de segunda instancia no había tenido en cuenta las constancias de las actuaciones tramitadas en sede penal, donde se tuvo por acreditado que la sociedad "Compañía General de Negocios SA", funcionaba en forma clandestina y marginalmente en dependencias de un banco argentino, situado en la ciudad de Buenos Aires, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable.

Sostuvo el Alto Tribunal que si bien el art. 118 de la ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjero, ello lo es en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, mientras que el art. 124 de la ley 19.550 individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como social local, configurándose tal supuesto cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional como en alcance establecido por dicha norma, y por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal.

§ 5. Cuestiones de competencia en torno a lo dispuesto por el art. 124 de la ley 19.550

La jurisprudencia local se ha ocupado de los efectos procesales de incluir a las sociedades supuestamente constituidas en el extranjero en la norma del art. 124 de la ley 19.550, y en tal sentido fue resuelto que ante el encuadramiento jurídico de la demandada bajo el art. 124 de la ley 19.550 efectuado por la actora en una acción de disolución y liquidación de la primera, ello determina la competencia de los jueces argentinos para entender en la cuestión⁽⁶¹⁹⁾.

Es de toda evidencia que cuando se ha recurrido al artilugio de crear una sociedad en el extranjero, para evitar la aplicación de alguna ley local, mal pueden sus integrantes invocar la legislación del país en donde la compañía fue

la sentencia judicial, si negare la existencia de aquella, salvo su separación provisional, por aplicación de la Sección XIV del Capítulo I.

Cualquier socio puede reclamarla judicialmente con invocación de justa causa y los socios disconformes con la decisión social que lo remueva gozarán del derecho de receso.

¿Puede el socio gerente emitir su voto cuando se decide su remoción sin invocación de causa?

De acuerdo con el derogado art. 241, no podía hacerlo, solución que dio origen a severas críticas en la doctrina y que motivó que la [ley 22.903](#) adoptara un criterio diverso, que sólo les veda emitir su voto cuando la remoción sea decidida por el órgano de gobierno invocando justa causa, lo cual se explica con facilidad si se advierte que, siguiendo el régimen anterior, si el gerente fuera también el socio mayoritario, se reelegiría de inmediato para el cargo del cual fue removido, decisión esta que no estaba incluida en la norma del derogado art. 241.

La jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales se ha pronunciado reiteradas veces en torno a la remoción con causa de los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, aceptando como justos motivos para ello, los siguientes:

a) La no distribución de utilidades correspondientes a varios ejercicios, la no convocatoria a reunión de socios para considerar los balances anuales⁽⁷⁶⁶⁾, así como la circunstancia de haber votado en la reunión de socios que consideraba su propia gestión⁽⁷⁶⁷⁾.

b) La actividad en competencia con la sociedad, que importa una actuación desleal para con ésta⁽⁷⁶⁸⁾.

c) La venta de la totalidad del activo social sin el previo consentimiento de los restantes socios expresado por el órgano de gobierno de la sociedad, y con mayor razón cuando en la empresa adquirente participaba uno de los gerentes de participó en la operación, como titular del 99% de las acciones de la compradora, que además usaba el mismo nombre de fantasía y funcionaba en el mismo domicilio social⁽⁷⁶⁹⁾.

d) Cuando el gerente ha desconocido el carácter laboral de la relación que lo uniera con el trabajador, cuya existencia no podía ignorar⁽⁷⁷⁰⁾.

e) Cuando la sociedad presentaba atrasos en sus libros y la contabilidad se llevó en forma descuidada e irregular⁽⁷⁷¹⁾.

f) Cuando el gerente conocía la existencia de graves irregularidades operativas en la gestión del ente y no adoptó ninguna medida necesaria para evitarlas, incurriendo en culpa in negligendo⁽⁷⁷²⁾.

g) La utilización de personal en negro, la existencia de un alto porcentaje de evasión fiscal y que no figuren en los libros de sueldos las remuneraciones de los gerentes, en tanto ello importa una conducta dolosa por parte de éstos⁽⁷⁷³⁾.

Ahora bien, la cuestión relativa a la legitimación pasiva en las acciones de remoción de los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada ha sido objeto de expresos pronunciamientos, exigiéndose para algunos la citación de los restantes socios, sin resultar necesario demandar a la sociedad⁽⁷⁷⁴⁾, lo cual es doctrina equivocada, correspondiendo remitirse a las consideraciones efectuadas al tratar la acción de remoción de los administradores de la sociedad colectiva (art. 129), que resultan plenamente aplicables a la gerencia de la sociedad de responsabilidad limitada. Al respecto, entiendo que la necesidad de identificar a los socios, para expedirse en sentido favorable a la citación de todos los socios en las demandas de remoción de los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada no constituye argumento válido ni suficiente para reemplazar la sociedad por la totalidad de los socios, como sujetos pasivos de la acción de remoción contra los administradores, cuando la misma es iniciada a título individual por uno de los socios.

No puede sostenerse, con autoridad, que la identificación de los socios pueda prescindir de demandar a la sociedad en este tipo de juicios, pues no es aquel el fundamento de la necesaria citación a la sociedad. Esta debe ser escuchada, pues frente a una acción individual de remoción, la sociedad debe explicar las razones por las cuales no adoptó las medidas necesarias para promover ese pleito, cuando esta es, naturalmente, el sujeto activo de tal pretensión. Por otra parte, no debe olvidarse que cuando el socio inicia a título singular la acción de remoción de uno de los administradores, invocando justa causa para ello, su pretensión está encaminada a modificar el elenco de uno de los órganos de la sociedad, tema sobre el cual la misma no ha prestado conformidad, a diferencia de lo que ocurre cuando esta inicia la acción, en la cual sólo debe demandarse al gerente cuestionado.

Además de la remoción, con o sin causa, los gerentes terminan sus funciones, asimismo, por muerte o incapacidad, expiración del plazo por el cual fue o fueron designados, liquidación del ente o renuncia. Pero en este caso no rige el [art. 130](#) de la [ley 19.550](#), aplicable a las sociedades colectivas, que sanciona al administrador en caso de renuncia dolosa o intempestiva, con los daños y perjuicios que ocasionare, sino que, por aplicación del art. 157, párrafo 3º, que remite al art. 259, el gerente renunciante debe continuar en funciones hasta tanto su dimisión sea aceptada en reunión o asamblea de socios, pues de lo contrario podría darse el supuesto de vacancia que afectaría el normal funcionamiento de la sociedad, colocándola, cuando no existiere otro gerente, en la hipótesis de disolución por imposibilidad de cumplir el objeto social (art. 94 inc. 4º de la [ley 19.550](#)).

Finalmente, la cesación de los gerentes en sus funciones, por renuncia, remoción o expiración del plazo para el cual fueron designados, impone a la sociedad su registración en los términos del [art. 60](#) de la [ley 19.550](#), a los fines de evitar que continúe obligando a la sociedad por los actos comprendidos dentro del ámbito del objeto social de esta, estando a tal fin facultado el gerente renunciado a inscribir su renuncia en el Registro Público de Comercio, quien debe cumplir con el procedimiento previsto por la resolución general 12/2003 de la Inspección General de Justicia (hoy arts. 118 y 123 de la resolución general IGJ 7/2005). Recuérdese al respecto que la venta de las cuotas sociales por parte del socio gerente no implica aceptación a la renuncia presentada por éste, en tanto la condición de administrador es escindible de la calidad de socio, pues cabe la posibilidad de que pese a cesar en su calidad de socio, el gerente haya continuado en funciones⁽⁷⁷⁵⁾.

§ 10. Responsabilidad de los gerentes

De conformidad con el sistema previsto por el art. 157 de la ley 19.550, los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada son responsables solidaria e ilimitadamente hacia la sociedad, socios y terceros por el mal desempeño de su cargo (arts. 59 y 274) y están sometidos a las acciones de responsabilidad previstas por los arts. 275 a 279 de la ley mencionada. Sobre el punto, el art. 157, párrafo 3º del ordenamiento legal en estudio prescribe que los gerentes serán responsables individual o solidariamente según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento, establecida por el contrato social, lo cual significa que en caso de administración plural indistinta o conjunta, la responsabilidad será en principio individual de quienes hayan ocasionado los perjuicios que se reclaman, y así lo confirma el mismo art. 157 cuando dispone que si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo su actuación personal, lo cual confirma que la noción de culpa prevista por el art. 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, no constituye una noción inflexible, sino adaptable a las circunstancias de personas y del caso concreto, y por ello mismo graduable, aunque no en grados rígidos sino conforme a una prudente apreciación judicial.

Si la gerencia fue organizada en forma colegiada, resultan de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores, prevista por los arts. 274 a 279 de la ley 19.550, a cuyo comentario corresponde remitir, debiendo tenerse presente la trascendente modificación al régimen de responsabilidad efectuado por la ley 22.903 para los directores de sociedades anónimas, al prescribir, en el párrafo 2º del art. 274, que la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación personal, cuando se hubieren asignado funciones en forma personal, de acuerdo con lo establecido por el estatuto, reglamento o decisión asamblearia, siempre y cuando dicha decisión, y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones encomendadas, se hayan inscripto en el Registro Público de Comercio, como requisito para la aplicación de esta norma.

Si bien no es mucha la casuística que la jurisprudencia ha exhibido en materia de responsabilidad de los gerentes de sociedades de responsabilidad limitada, nuestros tribunales han elaborado una serie de pautas en el juzgamiento de esta responsabilidad, que resulta útil esquematizar:

a) Las acciones de responsabilidad promovidas contra el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada debe ser entablada contra éste, quien debe ser necesariamente parte en el juicio de remoción⁽⁷⁷⁶⁾.

b) Deben individualizarse en forma concreta y detallada, así como deben ser objeto de prueba, los actos u omisiones que habrían dado lugar a la responsabilidad pretendida⁽⁷⁷⁷⁾, no resultando posible inferirla del silencio guardado al corrérseles traslado de la demanda de responsabilidad⁽⁷⁷⁸⁾.

c) Para que se configure la responsabilidad de los gerentes de una sociedad de responsabilidad limitada es necesario que los actos u omisiones de los administradores hayan ocasionado un perjuicio, de donde resulta que no basta que el administrador haya incumplido con sus obligaciones legales y estatutarias o que incurrió en negligencia culpable en su

desempeño, sino que, para que se configure su responsabilidad deben concurrir los otros presupuestos de la teoría general de la responsabilidad civil, entre otros, la antijuricidad del acto, la conducta reprochable del administrador, el adecuado nexo de causalidad entre la inconducta y el daño causado⁽⁷⁷⁹⁾.

d) No resulta excusa atendible a los fines de liberar de responsabilidad al gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, quien invocó a tales fines ocupar solo nominalmente el cargo, porque quienes confiaron en el, cuanto menos podían esperar el cumplimiento adecuado de las funciones que la ley asigna a dicha categoría⁽⁷⁸⁰⁾.

e) También carece de toda virtualidad a los fines de exculpar a los gerentes por los daños ocasionados por éste en el desempeño de sus funciones, al alegado desconocimiento del manejo societario⁽⁷⁸¹⁾, o el estar mal asesorado contablemente o que el personal contratado para cumplir con las obligaciones contables de la empresa no cumplía con sus obligaciones⁽⁷⁸²⁾.

f) Que si bien la promoción de la acción social individual o *uti singulis* aludida por el art. 276 de la ley 19.550 requiere del peticionante haber agotado la vía societaria, ello no es requerible cuando se trata de una sociedad de tipo familiar y los gerentes demandados eran, junto con la actora, los únicos socios de la misma, por lo que su tratamiento en una reunión de socios deviene una formalidad que puede considerarse obviada dado el totalmente previsible resultado negativo de ello⁽⁷⁸³⁾.

g) En cuanto al plazo de prescripción de las acciones sociales de responsabilidad, y como ella tiene origen contractual y emana de la ley 19.550, resulta aplicable el art. 848 inc. 1º del Código de Comercio, que establece un plazo de tres años de prescripción de las acciones que deriven del contrato de sociedad y de las operaciones sociales⁽⁷⁸⁴⁾. Se aclara que el actual Código Civil y Comercial de la Nación ha ratificado este criterio, al establecer, en el art. 2561, que a diferencia del plazo ordinario de prescripción, establecida en cinco años en el art. 2560 del referido ordenamiento, que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.

Sin perjuicio de remitir a nuestros comentarios a los arts. 274 a 279 de la ley 19.550, que si bien referidos a los directores de sociedades anónimas, resultan totalmente aplicables a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada, estimo de utilidad transcribir la doctrina de nuestros tribunales, en algunos casos donde se han tipificado determinadas conductas que fueron la base de sentencias condenatorias dictadas contra el gerente de una sociedad de responsabilidad limitada, en demandas de responsabilidad promovidas en los términos de los arts. 59, 157, 274 a 279 de la ley 19.550, como por ejemplo, la enajenación del activo patrimonial de la sociedad a favor de una sociedad controlada por uno de los gerentes que había participado en dicha operación⁽⁷⁸⁵⁾, dejando a la primera sin posibilidad de continuar con sus actividades; la recepción por el gerente de dos pagarés librados por deudores de la sociedad, exigiéndose remiso en el cobro de los mismos y dejando prescribir la correspondiente acción judicial con indiferencia⁽⁷⁸⁶⁾; la desatención permanente de sus funciones, alegando cumplir nominalmente el cargo de gerente⁽⁷⁸⁷⁾; la venta del fondo de comercio en infracción al régimen de organización plural de la gerencia⁽⁷⁸⁸⁾; la desaparición de determinadas maquinarias de la sociedad etc.⁽⁷⁸⁹⁾, etc.

Finalmente, no podemos cerrar este capítulo si no hacemos una breve referencia a la existencia de numerosos precedentes, dictados en sede laboral y a los cuales nos hemos ya referido al comentar el art. 2º de la ley 19.550, que resolvieron extender la responsabilidad por la condena dictada contra la sociedad, a quien fue el socio gerente de la misma, que participó activamente o consintió, con su accionar, la comisión de fraude laboral y previsional por parte de la persona jurídica demandada, al no registrar ni documentar una parte o la totalidad del salario efectivamente convenido y pagado, práctica comúnmente denominada "pagos en negro" y prohibida por el art. 140 de la Ley de Contrato de Trabajo y art. 10 de la ley 24.013⁽⁷⁹⁰⁾, criterio al cual adherimos plenamente, pues constituye estricta aplicación de lo dispuesto por el art. 279 de la ley 19.550, al cual remite expresamente el art. 157 del ordenamiento legal societario.

Art. 158.—

Fiscalización optativa. Puede establecerse un órgano de fiscalización, sindicatura o consejo de vigilancia, que se regirá por las disposiciones del contrato.

Fiscalización obligatoria. La sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorios en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º.

Normas supletorias. Tanto a la fiscalización optativa como a la obligatoria se aplican supletoriamente las reglas de la sociedad anónima. Las atribuciones y deberes de estos órganos no podrán ser menores que los establecidos para tal sociedad, cuando es obligatoria. [Texto según [ley 22.903](#)]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 55, 286 a 298.LSC Uruguay: art. 238.

§ 1. Régimen de fiscalización de las sociedades de responsabilidad limitada

La ley 19.550 otorga a los socios la opción de fiscalizar personalmente la administración de la sociedad, mediante el mecanismo previsto por el art. 55, o establecer un órgano de fiscalización (sindicatura o consejo de vigilancia), el cual será obligatorio, cuando el capital social de la sociedad alcance el importe previsto por el art. 299, inc. 2º.

El legislador de la ley 22.903 no fue cuidadoso al redactar el art. 158, pues se advierte una contradicción entre el art. 55 —que en su segundo párrafo establece que salvo pacto en contrario, el control or individual de los socios no puede ser ejercido en las sociedades de responsabilidad limitada incluidas en el segundo párrafo del art. 158— con lo dispuesto por el art. 158, segundo párrafo, cuando establece que la sindicatura o el consejo de vigilancia son obligatorios en la sociedad cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º, pues mientras el art. 55 admite el pacto en contrario en las sociedades de responsabilidad limitada a los cuales le impone un órgano de control interno específico, el art. 158 segundo párrafo de la ley 19.550 descarta totalmente dicha posibilidad.

Somos de opinión que la falta de coordinación entre ambas normas debe ser superada considerando aplicable lo dispuesto por el art. 158, y por ende obligatoria la actuación de un órgano de fiscalización en esos casos, pues ello guarda coherencia con las restantes disposiciones dedicadas a la sociedad de responsabilidad limitada, y ser, por otra parte, la intención del legislador, conforme lo expuesto por este en la Exposición de Motivos.

De acuerdo con la redacción del art. 158 de la ley 19.550, si los socios optaren por la actuación de una sindicatura o consejo de vigilancia, aquellos pueden reglamentar las funciones, atribuciones y obligaciones de este órgano, lo cual ofrece las ventajas de facilitar la actuación del mismo, sin sujeción a la titularidad por parte de un socio de determinado porcentaje societario, como sucede con aquellos casos previstos por el art. 294 incs. 6º y 9º de la ley 19.550. Pero debe tenerse en cuenta que tanto en el caso de la fiscalización optativa como la obligatoria, las atribuciones o deberes de estos órganos no pueden ser menores que los establecidos para la sociedad anónima.

Ello lleva a formularse el siguiente interrogante: ¿Cuáles son los límites de que disponen los socios para reglamentar las funciones y el funcionamiento de la sindicatura o consejo de vigilancia, cuando el capital de la sociedad no supere el límite previsto por el art. 299, inc. 2º de la ley 19.550?

Entendemos al respecto que las atribuciones y deberes de los órganos de fiscalización deben ser lo suficientemente amplios no sólo para garantizar adecuadamente a los socios su derecho de información, sino para permitir el control de legalidad de los actos de los órganos de gobierno y administración y también adoptar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de la sociedad, cuando ella estuviere trabada por la existencia de un conflicto interno entre los socios.

La experiencia ha demostrado sin embargo que, en el casi cien por ciento de los casos en donde los socios han optado por constituir una sociedad de responsabilidad limitada, el control de la actuación del órgano de administración y las inquietudes sobre la marcha de los negocios sociales se canalizan a través del mecanismo previsto por el art. 55 de la ley 19.550 y en los pocos casos en que se enderezó la fiscalización interna a cargo de un órgano específico, no fue aislado el supuesto en donde el grupo de control incorporó una sindicatura, a los fines de evitar que el socio pudiera tener acceso y control directo a los libros y a los papeles sociales, lo cual constituye una actuación incluida dentro del concepto de abuso de derecho, previsto en el art. 10 del actual Código Unificado, en tanto no fue esa la intención del legislador societario al prever la sindicatura y/o consejo de vigilancia como órganos específicos de fiscalización interna.

Resoluciones sociales. El contrato dispondrá sobre la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales. En su defecto, son válidas las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicado a la gerencia a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad, dentro de los 10 días de haberseles cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente; o las que resultan de declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto.

Asambleas. En las sociedades cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º; los socios reunidos en asamblea, resolverán sobre los estados contables de ejercicio, para cuya consideración serán convocados dentro de los 4 meses de su cierre.

Esta asamblea se sujetará a las normas previstas para la sociedad anónima, reemplazándose el medio de convocarlas por la citación notificada personalmente o por otro medio fehaciente.

Domicilio de los socios. Toda comunicación o citación a los socios debe dirigirse al domicilio expresado en el instrumento de constitución, salvo que se haya notificado su cambio a la gerencia. [Texto según [ley 22.903](#)]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 67, 233 a 254.LSC Uruguay: art. 239.

§ 1. Gobierno de las sociedades de responsabilidad limitada

Es en esta materia donde la ley 22.903 mayores aportaciones ha efectuado, pues por primera vez en nuestra legislación se admite la posibilidad de adoptar resoluciones sociales, sin necesidad de deliberación por parte de los socios.

Sintéticamente, tres son las maneras de adoptar decisiones sociales:

a) Mediante el clásico sistema de asambleas de socios, la cual es obligatoria cuando el capital social supere el límite previsto por el art. 299, inc. 2º de la ley 19.550 y se consideren los estados contables del ejercicio.

b) A través del sistema de consulta por la gerencia de la sociedad a cada uno de los socios.

c) Mediante la declaración por escrito de todos los socios.

Si bien la ley 19.550 establece que cuando la asamblea de socios resulte obligatoria, la misma se sujetará a las normas previstas para la sociedad anónima, remplazándose el medio de convocarlas por la citación notificada personalmente o por otro medio fehaciente (art. 159, tercer párrafo), entiendo que esa remisión es obligatoria también para el caso de que contractualmente se prevea la actuación de una asamblea de socios como órgano de gobierno de la sociedad, conclusión a la que se llega por la falta de otras normas que reglamenten la asamblea de socios.

No puede dejar de ponderarse, sobre el punto, el esfuerzo del legislador tendiente a flexibilizar y facilitar la forma de adopción de las resoluciones sociales, pudiendo sostenerse en definitiva que es en esta materia en donde las reformas efectuadas no se limitan sólo a mejorar el régimen anterior, sino que se ha innovado sustancialmente con relación al régimen anterior, si se advierte que las resoluciones sociales no se adoptarán en reuniones de socios o asambleas convocadas al efecto, sino que, como principio general, y siguiendo lo dispuesto en legislaciones extranjeras, los acuerdos sociales podrán adoptarse por escrito, por vía postal, telegráfica o por cualquier medio fehaciente que garantice la autenticidad de la voluntad declarada.

Primeramente, debe señalarse que el contrato constitutivo deberá disponer sobre la forma de deliberar y tomar acuerdos sociales por los socios, y en consecuencia, resulta plenamente válido establecer que las mayorías deberán necesariamente formarse en asambleas o reuniones de socios, o a través del procedimiento de consulta por escrito, legislado por el primer párrafo del art. 159, que actúa asimismo como regla general en caso de silencio del contrato.

Como excepción, legalmente establecida, el párrafo 2º del art. 159 prevé que, en las sociedades cuyo capital alcanza el importe fijado por el art. 299, inc. 2º, los socios, reunidos en asamblea, resolverán sobre los estados contables del ejercicio, previa convocatoria dentro de los cuatro meses de su cierre. Al respecto, el párrafo 3º del art. 159 dispone que para todos los casos de reuniones de socios o asambleas, las citaciones o comunicaciones deben dirigirse al domicilio expresado en el instrumento de constitución, salvo que se haya notificado su cambio a la gerencia.

La adopción de acuerdos por escrito, mediante el sistema de consulta, no obstante su consagración legal por la ley 22.903, ha sido objeto de críticas en los países en donde funciona, por entenderse que impide el intercambio de opiniones, pues en el sistema de consulta, el voto sólo puede emitirse en sentido afirmativo o negativo⁽⁷⁹¹⁾.

Reconocemos sí que la importancia o no de debate previo a la adopción de los acuerdos sociales constituye un tema controvertido en doctrina y en jurisprudencia, y que la aparición en escena de los pactos de sindicación de acciones han aportado argumentos en torno a la irrelevancia de la deliberación. En tal sentido, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca sostuvo —a mi juicio en forma equivocada— que la deliberación asamblearia no es más que una oportunidad o ventaja que se ofrece a los accionistas en el ordenamiento legal de la sociedad anónima, pero no un instrumento irrenunciable, siendo en consecuencia válido el instrumento suscripto por los dos únicos socios conteniendo la concreta resolución adoptada, sin que se haya dejado constancia de la previa deliberación. Ello —siempre transcribiendo el fallo del Tribunal de Alzada de Bahía Blanca— es tanto más sostenible tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, puesto que en este tipo societario, a falta de previsión en contrario, las resoluciones podrían adoptarse por consulta de socios o declaración escrita de ellos, lo que viene a demostrar que la constitución en asambleas carece en la economía de la ley 19.550 de esencialidad⁽⁷⁹²⁾.

No considero acertada esa corriente de opinión, pues la asamblea de accionistas o reuniones de socios, como órganos de gobierno de una sociedad, en donde todos los integrantes tienen vocación de participación, pierde todo sentido y finalidad si se suprime la deliberación que precede a la adopción del acuerdo asambleario, pues debe entenderse que ese debate es el que permite adoptar una decisión con conocimiento de causa y congruente con el interés social.

La circunstancia de que el polémico pacto de sindicación de acciones, que carece hoy de tratamiento en la ley 19.550, suponga que los partícipes a una asamblea o reunión de socios deben concurrir a la misma con un determinado sentido del voto que deben emitir sobre cada punto del orden del día, no enerva la trascendencia que supone la deliberación asamblearia y el ejercicio del derecho de voz por cada uno de los asistentes, pues se trata, aquel pacto, de un especialísimo instrumento del cual no pueden extraerse principios generales, y mucho menos cuando su incorporación legislativa continúa siendo objeto de todo tipo de polémicas. Por otra parte, no creemos tampoco que los novedosos métodos de adopción de los acuerdos sociales en materia de sociedades de responsabilidad limitada hayan asestado un golpe de muerte al debate previo a la adopción del acuerdo social, pues tanto el sistema de consulta como la nota escrita presentada a la gerencia y firmada por todos los socios —no una mayoría— son también procedimientos especiales, solo previstos para este tipo de sociedades, y no todos los acuerdos a adoptarse son susceptibles de ser así adoptados. La jurisprudencia ha destacado en ejemplares pronunciamientos la importancia del debate de los socios o accionistas, a los fines de discutir lo que sea necesario para lograr con la votación final conformar la mayoría decisoria⁽⁷⁹³⁾.

En conclusión el régimen legal vigente en punto a la forma de deliberación de una sociedad de responsabilidad limitada es el siguiente: a) Como principio general lo que se haya dispuesto en el contrato social, que deberá asegurar un método idóneo de convocatoria y que todos los socios tengan el más amplio derecho de información, voz y voto en la respectiva decisión; b) En ausencia de toda previsión contractual, deben considerarse válidas las decisiones adoptadas mediante el sistema de consulta efectuada a los socios por la gerencia y c) En las sociedades cuyo capital alcance el importe fijado por el art. 299, inc. 2º; los socios deberán reunirse en asamblea o reunión, a los fines de resolver sobre los estados contables de ejercicio, para cuya consideración serán convocados dentro de los 4 meses de su cierre.

Sin perjuicio de ello, e independientemente del procedimiento previsto en el contrato social (sistema de consultas, reunión o asamblea de socios), siempre será válido la declaración escrita en la que todos los socios expresan el sentido de su voto.

§ 2. El sistema de consulta o voto por correspondencia.

¿Cómo funciona el sistema de voto por correspondencia?

El [art. 159, párrafo 1º](#) de la [ley 19.550](#) —reformado por la [ley 22.903](#)—, reglamenta el sistema de consulta por escrito a los socios, disponiendo la validez de las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicado a la gerencia a través de cualquier procedimiento que garantice su autenticidad dentro de los diez días de habersele cursado consulta simultánea a través de un medio fehaciente, o las que resulten de declaración escrita en la que todos los socios expresen el sentido de su voto.

Debe observarse sobre este sistema de adopción de decisiones sociales:

a) Que a los fines de tornar viable el sistema, las propuestas efectuadas por la gerencia a los socios deben ser expuestas con claridad, a fin de evitar equívocos y hacer posible el voto afirmativo o negativo. Ello ha sido ratificado por la jurisprudencia, declarando que cuando se instare la implementación del método de consulta para la adopción de decisiones sociales en las sociedades de responsabilidad limitada, la respuesta del socio consultado debe ser efectiva, en forma asertiva o negativa, y en caso de silencio, debe optarse por ésta última, que es lo que dispone la [ley 19.550](#) en el texto del art. 159, cuando refiere a una comunicación fehaciente respecto de la respuesta del socio⁽⁷⁹⁴⁾.

b) No obstante que el legislador ha previsto que las consultas deben ser simultáneas, disponiendo un término concreto de contestación, dicho plazo puede ser ampliado, lo que evidentemente puede resultar necesario cuando la consulta se refiere a temas que requieran explicaciones o aclaraciones de la gerencia (por ejemplo, aprobación de los estados contables), aunque no podemos dejar de señalar la inconveniencia que resulta utilizar este método a los fines de aprobar la documentación prevista en el art. 234 inc. 1º de la [ley 19.550](#).

c) Por otro lado, estimamos que la consulta no contestada dentro del plazo señalado debe ser considerada como abstención, resultando inaplicable lo dispuesto por el art. 919 del Código Civil.

d) El voto debe ser puro y simple y no quedar condicionado o sometido a condición alguna.

e) Las comunicaciones deben dirigirse al domicilio expresado en el instrumento de constitución o en la comunicación dirigida a la gerencia en el supuesto de cesión de cuotas o mudanza.

f) Finalmente, y de conformidad a lo dispuesto por el nuevo art. 162, las resoluciones sociales así adoptadas deben constar en el libro exigido por el art. 73, mediante actas que serán confeccionadas y firmadas por los gerentes, dentro del quinto día de concluido el acuerdo. En el acta deberán constar las respuestas dadas por los socios y su sentido a los efectos del cómputo de los votos. Los documentos en que consten las respuestas deberán conservarse por tres años.

A pesar de la loable intención del legislador, quien pretendió, mediante el método consultivo previsto por el [art. 159](#) de la [ley 19.550](#), una adecuación de la dinámica del tipo social a la realidad en la toma de decisiones de las sociedades de responsabilidad limitada, puede afirmarse, sin riesgo de equivocarnos, que a más 25 años de la sanción de la [ley 22.903](#), el sistema de consulta para la adopción de los acuerdos sociales no ha merecido entusiasta acogida por nuestros empresariado, lo que habitualmente ocurre cuando el legislador pretende consagrar mecanismos que el comercio no reclamaba. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre el particular en muy escasas oportunidades⁽⁷⁹⁵⁾:

En el caso "Alarvox SRL"⁽⁷⁹⁶⁾, se predicó la imposibilidad de combinar los sistemas previstos legalmente para la adopción de los acuerdos sociales (reuniones de socios y sistema de consultas), y en consecuencia, si la gerencia convocó a una asamblea o reunión de socios, los mismos no pueden reemplazar su concurrencia por la emisión del voto por correspondencia.

En el caso "Aimonetti"⁽⁷⁹⁷⁾, asimismo, se sostuvo que, frente a la previsión del contrato social que obligaba a adoptar los acuerdos sociales a través de reuniones de socios convocados por la gerencia, ella no puede ser soslayada mediante las notificaciones de consulta a los socios, las que no pueden funcionar como un régimen de deliberación sustitutivo del expresamente reconocido en el contrato social.

En el caso "Alon Argentina Sociedad de Responsabilidad Limitada"⁽⁷⁹⁸⁾, la Inspección General de Justicia resolvió que el sistema de consultas previsto por el segundo párrafo del [art. 159](#) de la [ley 19.550](#) constituye un mecanismo que puede ser reemplazado en forma idónea por la reunión de socios en asamblea, en supuestos en los cuales se trata de debatir sobre determinadas conductas de quien reviste el cargo de socios gerentes, que pueden llevarlo a su remoción con causa, temas que, por su profundidad y repercusión, no parece aconsejable abordarlos a través del sistema de consultas, habida cuenta la necesidad de una activa y directa participación de los integrantes de la sociedad.

En el caso "Álvarez de G. Dora Elena c/ Monteccheci Luis A. y otros s/ disolución de sociedad", dictado por la Sala Primera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Ciudad de Bahía Blanca, de fecha 28 de abril 2000, se dijo que, ante la presencia de una cláusula del contrato social que establece que las resoluciones sociales se tomarán en asamblea, previendo recaudos para la convocatoria de los socios y disponiendo que las actas pertinentes se asentarán en el libro respectivo, no resulta aplicable el [art. 159](#) de la [ley 19.550](#) que con carácter supletorio para el referido tipo societario, prevé la posibilidad de que las resoluciones asamblearias se adopten previa consulta a los socios o por declaración escrita de todos ellos.

Finalmente, en el caso "Benac Cecilia del Carmen c/ Import Vélez Sociedad de Responsabilidad Limitada y otro s/ medida precautoria"⁽⁷⁹⁹⁾, se declaró nula una decisión adoptada por el órgano de gobierno de la sociedad mediante el sistema de consultas, cuando la misma si bien apareció instrumentada mediante escribano público, cumpliéndose al momento de su requerimiento con todos los requisitos formales, ellos se fueron diluyendo a punto tal que la consulta al socio por acta notarial fue dejada en la puerta del domicilio del socio, pegada con cinta adhesiva".

§ 3. Convocatoria a asambleas o reuniones de socios. Convocatoria judicial a reunión de socios

Si bien la única referencia a las formalidades de las reuniones de socios en las sociedades de responsabilidad limitada la encontramos en el art. 159, tercer párrafo, en cuanto dispone que las asambleas previstas a los fines de la consideración de la documentación prevista por el art. 234 inc. 1º de la ley 19.550 por las sociedades de responsabilidad cuyo capital hubiere alcanzado el tope previsto por el art. 299 inc. 2º de la ley 19.550, se sujetará a las normas previstas para la sociedad anónima, reemplazándose el medio de convocarlas por la citación notificada personalmente o por otro medio fehaciente, entendemos aplicable dicha norma a la convocatoria de cualquier asamblea o reunión de socios, cuando no se trate estrictamente de considerar dicha documentación, sino cualquier otro tema que, por la importancia de su deliberación, resulta más conveniente tratarlo en reunión de socios y no mediante el sistema de consultas, aún cuando éste haya sido el sistema previsto en el contrato social como forma exclusiva de adoptar acuerdos sociales.

Del mismo modo, nada autoriza, a nuestro juicio, a descartar la aplicación del art. 236 de la ley 19.550 a las sociedades de responsabilidad limitada, cualquiera fuere su capital, recurriendo a la justicia para obtener la convocatoria a una asamblea o reunión de socios, cuando los gerentes hagan caso omiso al pedido de convocatoria, toda vez que el derecho a participar con voz y voto en el órgano de gobierno de la sociedad constituye un derecho inderogable que el silencio de la ley al respecto no puede suprimir ni restringir⁽⁸⁰⁰⁾.

§ 4. Celebración de las reuniones sociales o asambleas a distancia. Autoconvocatoria de las asambleas o reuniones de socios en las sociedades de responsabilidad limitada

Si bien la ley 19.550, guarda silencio en torno a la facultad del órgano de gobierno de autoconvocarse o celebrarse a distancia, el art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, en el capítulo referido a las personas jurídicas, ha aceptado estas posibilidades para todas las personas jurídicas, lo cual nos parece una disposición afortunada, como explicaremos en los párrafos siguientes.

De conformidad con lo dispuesto por el art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, el estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de las personas jurídicas, consagrando una solución que ya estaba incluida en los arts. 11 inc. 6º de la ley 19.550; 8 inc. 4º de la ley 20.337, 6º inc. f) de la ley 20.321 de mutuales, y que ahora también lo está en el art. 170 inc. h) del referido Código para las asociaciones civiles y art. 195 incs. f) y g) del mismo ordenamiento legal para las fundaciones, cuando, al hacer referencia al contenido del estatuto, exige expresas constancias sobre la composición y funcionamiento de sus órganos sociales.

Más allá que el art. 158 CCyCN parece imponer la inclusión de dicha cláusula, en el sentido que la expresión "debe" en el texto de su primer párrafo, así podría interpretarse, entiendo que la inexistencia de cláusulas referidas a la organización interna de la persona jurídica no autoriza a sostener la existencia de un obstáculo para la autorización o inscripción de la misma, cuando la ley especial correspondiente aporta las pautas de funcionamiento de los órganos sociales, en torno a su convocatoria, publicidad, quórum y mayorías.

Lo verdaderamente trascendente del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, se encuentra en sus incs. a) y b), en cuanto prescriben que, en ausencia de previsiones especiales, rigen las siguientes reglas:

a) Si todos los que deben participar en el acto lo consienten, pueden llevar adelante una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. Aclara el inc. a) de dicha norma que el acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la

modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse. Se consagra de esta manera la posibilidad de celebrar las reuniones del órgano de gobierno a distancia, que era un anhelo que la doctrina societaria reclamaba en forma permanente, siendo de suma utilidad su utilización en las entidades no lucrativas, normalmente constituidas por un importante número de miembros, en las cuales aún cuando las asambleas se realicen con delegados, ello requiere un enorme espacio y grandes gastos de traslado, hospedaje o viáticos a quienes se trasladan de distintos puntos del país⁽⁸⁰¹⁾.

Sin embargo, la disposición del art. 158 del CCyCN incurre en una importante limitación, pues ha incluido dentro de este nuevo sistema de adopción de acuerdos asamblearios mediante recursos técnicos, solo a las asambleas o reuniones del órgano de gobierno de la entidad, omitiendo hacerlo respecto de los demás órganos plurales de administración y, en su caso, de fiscalización, cuando una norma especial así lo requiere (arts. 284 ley 19.550; art. 12 de la ley 20.321 de asociaciones mutuales). Ello ha llevado a sostener que se trata de una omisión involuntaria del legislador, teniendo en consideración que los antecedentes normativos (decreto 677/2001 y ley 26.831 de Mercado de Capitales) permitieron la implementación del uso de medios tecnológicos para suplir la presencia física de algunos de los integrantes del órgano de administración⁽⁸⁰²⁾. Dicha conclusión es —sin embargo— difícil de compartir, en tanto los autores del Código Civil y Comercial de la Nación parecen haber sido muy cuidadosos en la redacción del primer párrafo del art. 158 CCyCN, cuando, en su primer párrafo —en términos generales, referido a la organización interna del ente— se refiere a todos los órganos de la entidad, para luego, en su inc. a) contemplar supuestos específicos, limitándolas a "las asambleas" o "reuniones del órgano de gobierno" de la persona jurídica.

Compartimos pues con Vítolo⁽⁸⁰³⁾ la conclusión sobre la inaplicabilidad de la celebración de reuniones a distancia en lo que respecta al funcionamiento de los órganos de administración y fiscalización, la cual no parece estar admitida en el actual Código Civil y Comercial de la Nación y razones no faltan para ello: a) Normalmente los órganos de administración de las personas jurídicas no exhiben un número tan importante de miembros que justifique esta solución; b) Los libros y la documentación de la entidad deben permanecer en la sede social, cuya exhibición, a los directores, consejeros o integrantes del consejo directivo ausentes, exhibe importantes complicaciones cuando la reunión del órgano se celebra por medios electrónicos y c) Tratándose de sociedades anónimas —que es el ámbito en donde este procedimiento más se utiliza—, el art. 256 expresamente prevé que la mayoría absoluta de los directores debe tener domicilio en la República, con lo cual la aplicación de los sistemas electrónicos para la celebración de reuniones del órgano de administración se relativiza considerablemente.

La Inspección General de Justicia, en el art. 84 de la resolución general 7/2015 ha aportado una norma que permite superar esta limitación para la celebración de reuniones de órganos colegiados de administración, admitiendo que el estatuto de las sociedades sujetas a inscripción ante el Registro Público a cargo de este Organismo, podrá prever mecanismos para la realización en forma no presencial de las reuniones del órgano de administración, siempre que el quórum de las mismas se configure con la presencia física en el lugar de celebración de los integrantes necesarios para ello, y que la regulación estatutaria garantice la seguridad de las reuniones y la plena participación de todos los miembros de dicho órgano y del órgano de fiscalización, en su caso. El acta resultante deberá ser suscripta por todos los participantes de la reunión.

b) Autoriza el inc. b) del art. 158 del CCyCN que los miembros que deben 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 a tratar es aprobado por unanimidad.

Se consagra legalmente, para todas las personas jurídicas, y obviamente para las sociedades de responsabilidad limitada, la posibilidad de autoconvocarse por parte de la "asamblea o los integrantes del consejo", superando una antigua polémica en torno a esta manera de proceder, habida cuenta que la realidad demostró, en numerosas ocasiones, la reticencia del órgano convocante para llevar a cabo un acto asambleario, en donde la continuidad de los integrantes de aquel iba a estar en discusión. Ello constituye una situación que se presenta, por lo general, ante la venta del paquete accionario mayoritario de una sociedad comercial, en donde se espera que los directores presenten su renuncia a los fines de permitir el acceso a la administración a los nuevos dueños del paquete de control, obligando a éstos —ante la negativa u omisión a proceder a la convocatoria de la asamblea en donde se renovarían los miembros del directorio— a requerir a la justicia o a la autoridad de control, la convocatoria a dicho acto asambleario, procedimiento que por lo general lleva varios meses de tramitación, con los perjuicios que de ello podría derivarse.

La jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, había vedado la autoconvocatoria a asambleas de accionistas en reiterados precedentes, fundado en que la convocatoria a asamblea por el órgano competente resultaba un requisito imprescindible para la reunión del órgano de gobierno. Pero lo cierto es que este razonamiento, fundado estrictamente en los términos de la ley 19.550, dio lugar a situaciones injustas y por ello el art. 158, inc. b) del CCyCN arribó a una conclusión diferente, que merece nuestra adhesión.

También en este caso, la autoconvocatoria se refiere a la asamblea, y/o reuniones de socios, esto es, al órgano de gobierno, descartando su procedencia en los demás órganos sociales, pues la referencia a los "integrantes del consejo" que hace el inc. b) del art. 158 solo debe entenderse comprensiva del consejo de administración de las fundaciones, que tienen a su cargo el gobierno y administración de las mismas, pero no a los otros órganos de administración de las demás personas jurídicas⁽⁸⁰⁴⁾, pues con respecto al órgano de administración, no se presenta el caso de las asambleas o reuniones de socios, toda vez que su convocatoria no depende de la voluntad de otro órgano, como sucede en las sociedades comerciales, sino del presidente del mismo directorio, gerencia, comisión directiva, consejo de administración o como quiera que se denomine al cuerpo colegiado que tenga a su cargo la administración y/o representación de la entidad.

La validez de las asambleas autoconvocadas están sujetas a los siguientes requisitos que —de alguna manera— las emparentan con las asambleas unánimes de sociedades comerciales, previstas en el art. 237 último párrafo de la ley 19.550, en tanto esta última norma requiere la presencia de los accionistas que representen la totalidad del capital social y que las decisiones se adopten por unanimidad de las acciones con derecho a voto. Sin embargo, el inc. b) del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación exige, para la validez de las asambleas autoconvocadas, la necesidad que concurran todos los accionistas, pero no exige que las decisiones se adopten por unanimidad, la cual solo se requiere para la aprobación del temario. Ello me parece un verdadero acierto, pues nada justifica —ni lo justifica tampoco para las asambleas unánimes de las sociedades anónimas— la unanimidad en las decisiones adoptadas, pues si todos los accionistas están presentes, el régimen de mayorías debe ser idéntico al previsto para las asambleas en los arts. 243 y 244 de la ley 19.550. Repárese finalmente que esta misma solución ha sido prevista expresamente para las asambleas de copropietarios del consorcio de propiedad horizontal, cuando, en el art. 2059 del Código Civil y Comercial de la Nación, se prescribe que "La asamblea puede autoconvocarse para deliberar. Las decisiones que se adopten son válidas si la autoconvocatoria y el temario a tratar se aprueban por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios".

Las normas de la Inspección General de Justicia obrantes en la resolución general 7/2015 se refieren parcialmente al tema de las asambleas autoconvocadas en su art. 85, cuando prescribe que, "A los fines de la inscripción de actos ante este Organismo o su fiscalización, serán admisibles las asambleas que subsanen, convaliden y/o aprueben expresamente el defecto o falta de convocatoria a las mismas por parte del órgano de administración —o el síndico en su caso—, en la medida en que participe el cien por ciento de las acciones con derecho a voto y sus decisiones sean tomadas por unanimidad", con lo cual se acepta restringidamente la validez de las asambleas autoconvocadas, pues dicha norma solo la admite ante la falta de convocatoria por parte de los órganos de administración y/o fiscalización, lo cual configura una interpretación sumamente restricta de la norma del art. 158 inc. b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Art. 160.—

Mayorías. El contrato establecerá las reglas aplicables a las resoluciones que tengan por objeto su modificación. La mayoría debe representar como mínimo más de la mitad del capital social.

En defecto de regulación contractual se requiere el voto de las tres cuartas partes del capital social.

Si un solo socio representare el voto mayoritario, se necesitará, además, el voto de otro.

La transformación, la fusión, la escisión, la prórroga, la reconducción, la transferencia de domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra, otorga a éstos derechos de receso conforme a lo dispuesto por el art. 245.

Los socios ausentes o que votaron contra el aumento de capital, tienen derecho a suscribir cuotas proporcionalmente a su participación social. Si izo lo asumen, podrán acrecer los otros socios y, en su defecto, incorporarse nuevos socios.

Las resoluciones sociales que no conciernan a la modificación del contrato, la designación y la revocación de gerentes o síndicos, se adoptarán por mayoría del capital presente en la asamblea o participe en el acuerdo, salvo que el contrato exija una mayoría superior. [Texto según ley 22.903.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 194, 244, 245; Resolución general de Justicia 7/2015, arts. 81, 116: LSC Uruguay: art. 240.

§ 1. Régimen de mayorías en la adopción de los acuerdos sociales

Como se expresó, la ley 22.903 ha modificado sustancialmente el régimen de mayorías previsto por el derogado art. 160 de la ley 19.550, el cual, al requerir en forma inderogable la unanimidad de los socios para ciertas modificaciones contractuales, ponía muchas veces a la sociedad en situaciones sin salida, y ello era tanto más inexplicable si se advierte que en materia de sociedades por parte de interés, si bien se preveía un régimen similar (art. 131), se aceptaba el pacto en contrario.

Actualmente, el sistema previsto por el art. 160 de la ley 19.550 en su actual redacción, ha flexibilizando el régimen de mayorías con soluciones que, salvo alguna excepción (sociedades de dos socios), no pueden dejar de compartirse.

El legislador ha dispuesto, en cuanto a las mayorías necesarias para lograr acuerdos sociales y tratándose de modificaciones al contrato social que:

a) Las mayorías deben representar, como mínimo, más de la mitad del capital social, salvo que contractualmente se establezca un régimen más riguroso.

b) En defecto de regulación contractual, se requiere el voto afirmativo de las tres cuartas partes del capital social.

c) Si un solo socio representara el voto mayoritario, se necesitará, además, el voto de otro.

El legislador no ha sido feliz al requerir la unanimidad en las sociedades de responsabilidad limitada de dos socios, cuando se trata de modificar el contrato social, pues la privación al socio mayoritario, de aportar, con su voto exclusivamente, las decisiones sociales que resuelvan la modificación del contrato social, quiebra, sin fundamento alguno, el principio mayoritario, que inspira todo el funcionamiento de los órganos colegiados en la ley de sociedades comerciales y que computa, en estas sociedades, a las mayorías por capital y no por persona.

Un ejemplo práctico aclarará lo expuesto: si un socio es titular del noventa y cinco por ciento del capital social, requerirá necesariamente el voto de o del otro socio, para poder modificar el contrato social, y de esa manera, adoptar la correspondiente decisión modificatoria del contrato social.

Si con ello se ha pretendido proteger al socio minoritario, es evidente que el legislador se ha extralimitado, pues ha restringido injustificadamente la posibilidad de reformar el contrato social, olvidando que cuando lo que se modifica son las bases esenciales de dicho contrato, asiste al socio que votare en contra, el derecho de receso (art. 160, párrafo 4º).

Cabrían también otras interpretaciones a esta discutible norma: a) que el socio mayoritario requiera siempre otro voto, cualquiera sea su proporción en el capital social, para poder adoptar la referida decisión, sin tener en cuenta el número de socios con que cuenta la sociedad. Pero tal interpretación tampoco encuentra explicación suficiente y se presta a cualquier tipo de artilugios, pues bastará al socio mayoritario "inventar" un cómplice al cual le transfiera un mínimo de cuotas sociales, para poder imponer su voluntad mayoritaria, enervando de esa manera la original solución del legislador; b) que la circunstancia de que el art. 160 LGS no diga "del otro" sino "de otro", supone que el legislador ha querido excluir de la norma a la sociedad de solo dos socios, es decir, que la exigencia del otro voto solo funcionaría en las sociedades de tres socios o más⁽⁸⁰⁵⁾, tesis que tampoco convence, por las mismas razones antes expuestas, sin perjuicio que resultar demasiado forzado sostener, en base a las expresiones del legislador, que la intención del mismo es tornar aplicable la especial mayoría del art. 160, solo cuando las cantidad de integrantes de la sociedad de responsabilidad limitada es, cuanto menos, de tres.

Intentando morigerar los efectos de esta norma, Vítolo⁽⁸⁰⁶⁾ sostiene que lo que el artículo requiere es "el voto de otro socio", sin importar que el mismo sea positivo o negativo. Pero con ello nada se adelanta, pues basta al socio minoritario con no asistir a la asamblea o reunión de socios para frustrar toda posibilidad de reformar el contrato social. La tesis de Vítolo solo podría funcionar para el caso de ser más de dos socios, y encontrarse presente otro socio en la asamblea.

La doctrina, por unanimidad, ha controvertido la solución prevista por el art. 160, tercer párrafo de la ley 19.550⁽⁸⁰⁷⁾. Polak, por su parte⁽⁸⁰⁸⁾, la ha calificado de "absurda". Por nuestra parte entendemos que dicha previsión legal importa subvertir además el orden de valores, pues ello implicaría otorgar en los hechos el voto mayoritario respecto de quienes tienen el voto minoritario, que serían los que en definitiva decidirán, por mínimo que fuera el capital que poseyeran⁽⁸⁰⁹⁾.

b) La inaplicabilidad de las normas sobre sociedades irregulares a las sociedades en formación, y

c) La plena invocabilidad del contrato social entre los socios, descartando la aplicación —consecuencia ello de lo expuesto en el punto anterior— de la norma prevista por el art. 23 segundo párrafo de la ley 19.550, que prohibía tal actuación para las sociedades irregulares o de hecho, cuestión que luego fue reformado por la ley 26.994.

La trascendencia de la doctrina emanada del fallo "López c/ Mariscal" resulta evidente, pues la consagración jurisprudencial expresa de la invocación del contrato social entre los socios —consecuencia obviamente de la no aplicación para las sociedades en formación de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550— nos debe llevar a una conclusión coherente y armónica de esta ley, brindando protección no sólo a los socios del ente en formación, sino también y prioritariamente, a los terceros y al comercio en general.

Estos principios son los que se deben tener fundamentalmente en cuenta para responder al siguiente interrogante: ¿son sólo oponibles entre los socios las cláusulas del contrato social que se relacionan exclusivamente a sus derechos y obligaciones, o también son oponibles entre ellos las cláusulas organizativas de la sociedad propias del tipo social adoptado?

La respuesta no es sencilla, pues se encuentran en juego los principios registrales previstos en el ordenamiento societario, cuya importancia y efectos, como también hemos reiterado, se han superlativizado en extremo.

Bien es cierto que el art. 7º de la ley 19.550 establece que la sociedad comercial sólo se considerará regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio, pero de ello no se sigue que dicha registración sea requisito de existencia de la sociedad ni atributivo de su personalidad jurídica, sino que, como lo ha dicho y reiterado la jurisprudencia, el cumplimiento de la publicidad registral tiende a la configuración del tipo social adoptado por los socios en el acto constitutivo.

Es pues imprescindible darle al art. 7º de la ley 19.550 un sentido más flexible, que se compadezca con la actuación de la sociedad en formación, y que contemple en forma justa la totalidad de los intereses comprometidos en juego. Ello sólo se logrará, a nuestro juicio, interpretando aquella disposición legal en el sentido que la inscripción en el Registro Público de comercio hace oponible a los terceros los beneficios que pudieran derivarse del tipo social adoptado por los socios en el contrato constitutivo, pero de ninguna manera debe concluirse que la ley 19.550 veda invocar, a la sociedad y a los socios las cláusulas relacionadas con el funcionamiento de sus órganos, aun cuando las mismas hagan expresa remisión al régimen previsto por la ley 19.550.

No creemos que esta interpretación resulte contraria a lo dispuesto por el referido art. 7º que es objeto de análisis, puesto que la inscripción registral que impone, con carácter de regularidad, debe proyectar sus efectos hacia los terceros y no hacia los socios, pues aquellos son los naturales beneficiarios de las normas de publicidad y registración. No son, por el contrario, los socios ni la propia sociedad los destinatarios de esa publicidad, pues para ellos resultan más que suficientes las cláusulas que emanan del contrato de sociedad que, obviamente no pueden desconocer.

Por otra parte, los arts. 183 y 184 de la ley 19.550 refuerzan esta interpretación, en la medida en que receptan legislativamente la posibilidad de que la sociedad en formación realice actos propios del objeto social, lo cual supone obviamente la actuación del directorio como órgano natural de gestión de la sociedad, así como el de la sindicatura —en caso de haber sido prevista por los socios— cuya actuación resulta inescindible de la del directorio y, finalmente, la de la asamblea de accionistas, no sólo para el caso en que la sociedad hubiera finalizado su ejercicio con anterioridad a la inscripción registral, lo cual no es hoy una hipótesis muy imaginable, a la luz de las normas sobre control de legalidad en vigencia, en el ámbito de nuestra Capital Federal, sino para deliberar y resolver sobre la gestión de la sociedad, a tenor de lo dispuesto por el inc. 1º, in fine del art. 234 de la ley 19.550.

La invocación de las normas de funcionamiento de los órganos sociales, cualquiera sea el tipo societario adoptado, en forma alguna perjudica a los terceros, a los cuales, obviamente, les resultan inoponibles. Por el contrario, en nada beneficia a los socios y a la sociedad, en sus relaciones internas, la ininvocabilidad de esas normas pues ello resultaría incongruente con lo dispuesto por el entonces vigente art. 1197 del Código Civil, y, por otra parte, obligaría a la aplicación de una normativa analógica, que la ley no prevé y que, por nuestra parte, ignoramos cuál podría ser.

Podría, también fundándose en las normas vigentes en materia de contabilidad, refutarse las conclusiones expuestas, así como la doctrina emanada del fallo "López c/ Mariscal", en el sentido que, hasta que se proceda a la efectiva registración del contrato social, no es admisible jurídicamente que los directores presenten balances y estados contables a la asamblea de accionistas, para su eventual consideración, atento a la falta de rubricación de los libros de comercio y de funcionamiento, que sólo puede obtenerse cumplimentada esa toma de razón, pero este argumento no es

concluyente y puede ser rebatido con sólo advertir que la rubricación de los libros de comercio tiene solo relevancia a los fines de evitar el doble juego de libros por parte del comerciante, y exhibir en juicio el más conveniente para sus intereses, así como el lo que respecta a la prueba de los contratos realizados por el comerciante, pero en forma alguna nuestro ordenamiento mercantil prevé la rubricación de los libros de comercio como requisito imprescindible o como punto de partida de una buena contabilidad, la cual puede reflejar exactamente la actividad mercantil del comerciante sin dicho requisito.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, en el caso "Mazza Sociedad Anónima (en formación) s/concurso preventivo", del 23 de septiembre de 1986, ratificó prácticamente estas conclusiones abriendo el concurso preventivo de una sociedad anónima en formación, a la cual no es dable exigirle normalidad contable a los fines del art. 11, inc. 6º, ley 19.551, toda vez que la obligatoriedad de la misma está establecida para los entes inscriptos regularmente. En virtud de ello, la aportación de elementos documentales y registraciones extracontables cumplimentan el requisito previamente citado.

Queda pendiente, para terminar, un último interrogante: ¿Las conclusiones expuestas valen sólo para la sociedad en formación en la cual los socios hayan autorizado al directorio para realizar actos propios del objeto social o también para el caso de no existir esa autorización, no obstante la realización de tal actividad?

Más allá de que la norma del art. 183 de la ley 19.550 puede dar lugar a diversas interpretaciones, en la medida en que, conforme su redacción, los actos propios de gestión sólo son imputables a la sociedad en formación si existe la correspondiente autorización de los socios para su realización, no creo que la exorbitación del iter constitutivo tenga por automática virtualidad la aplicación de las normas previstas para la irregularidad, ni tampoco que el patrimonio de la sociedad en formación no resulte ejecutable por las obligaciones emergentes de esos actos. Concluimos en el sentido de que la aplicación de los arts. 21 a 26 de la ley 19.550 sólo es procedente para el caso de abandono no voluntario del iter constitutivo. La realización de actos no autorizados tiene sus consecuencias en el art. 184, esto es, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los directores y fundadores que los hubiesen consentido, sin liberación de tal responsabilidad por la asunción posterior de la sociedad, pero ninguna otra consecuencia impone la ley 19.550 a la exorbitación del iter constitutivo y no creo que la inoponibilidad del contrato entre los socios constituya sanción lógica ni congruente con la naturaleza jurídica del contrato de sociedad, sanción que, discutible en exceso para las sociedades irregulares, carece de todo sentido para las sociedades en proceso de formación.

1.4. Las sociedades en formación y las nuevas soluciones previstas por la ley 26.994 del año 2015

Bien es cierto que la ley 26.994 no ha reformado los textos de los arts. 183 y 184 de la ley 19.550, que permanecen tal cual como hemos expuesto, luego de la reforma efectuada a los mismos por la ley 22.903 del año 1983, pero así como hemos informado que la original asimilación de las sociedades en formación a las sociedades irregulares consagraba soluciones verdaderamente contrarias a derecho y al sentido común, la reforma efectuada por la ley 26.994 al régimen de la irregularidad societaria en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, que trata a las sociedades irregulares y de hecho —así como a las atípicas y a las sociedades carentes de requisitos esenciales tipificantes— más beneficiosamente que a ciertas sociedades típicas y regulares, en materia de responsabilidad de sus integrantes, ha logrado que las normas de los vigentes arts. 183 y 184, para las sociedades en formación, se caractericen por una absoluta incongruencia.

En efecto, si recordamos que actualmente la responsabilidad de los socios de las sociedades previstas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, es ahora mancomunada, y por partes iguales, carece de toda congruencia que, tratándose de una sociedad en formación, donde, a diferencia de las sociedades irregulares y de hecho, comprendidas en dicha sección, sus integrantes están cumpliendo efectivamente con la ley, mantengan éstos una responsabilidad solidaria e ilimitada por los actos realizados por la sociedad en formación, en cumplimiento de su objeto, que no hayan sido expresamente autorizados en el acto constitutivo.

Con otras palabras: si antes de la sanción de la ley 22.903 se discutía, con toda razón, la aplicación de las normas de la irregularidad a las sociedades en formación, hoy en día, luego de la sanción de la ley 26.994 y su excepcionalmente beneficioso régimen legal previsto para las sociedades reguladas en el art. 21 a 26 de la ley 19.550, la solución prevista por los arts. 183 y 184 a los integrantes de las sociedades que se encuentran cumpliendo sus trámites inscriptorios, pero que no han previsto la actividad comercial de la sociedad antes de su registración, se exhibe como notoriamente injusta e incongruente, siendo necesaria una reforma a dichas normas que adecuen la actuación de las sociedades en formación a la normativa vigente.

Art. 185.—

Beneficios de promotores y fundadores. Los promotores y los fundadores no pueden recibir ningún beneficio que menoscabe el capital social. Todo pacto en contrario es nulo.

Su retribución podrá consistir en la participación hasta el 10% de las ganancias, por el término máximo de 10 ejercicios en los que se distribuyan.

CONCORDANCIAS: Ley 19.550: art. 13. Ley 16.060 Uruguay: arts. 277, 421, 422.

§ 1. Beneficios de los promotores y fundadores de las sociedades anónimas

El art. 185 de la ley 19.550 ha consagrado una justa solución al problema de los beneficios de los promotores y fundadores, admitiéndola, en la medida que resulta lógico premiar a quienes han dedicado su tiempo y dinero en aras de una empresa cuyos resultados sólo se medirán con posterioridad, pero limitándola a una participación en las ganancias, cuidando celosamente de no incluir esos beneficios en la prohibitiva disposición del art. 13 del ordenamiento legal societario que, como hemos destacado, castiga con la nulidad a las cláusulas que considera leoninas.

El legislador ha pretendido que los fundadores y promotores corran con la suerte de los negocios y no que se aseguren un premio, independientemente del área empresaria y por ello les ha prohibido estipular beneficios que menoscaben el capital social, como sería el caso, por ejemplo, de recibir acciones liberadas, y ello se relaciona, sin lugar a dudas, con lo dispuesto en el art. 39, que exige que las aportaciones sean en dinero o en prestaciones susceptibles de ejecución forzada, pues sólo de esta manera el capital social puede representar una garantía para los acreedores sociales⁽⁸⁷⁴⁾.

Debe dejarse en claro que los beneficios que la ley 19.550 admite para los fundadores no descartan los derechos de que pueden estos gozar como accionistas. El art. 185 de la misma contempla los beneficios de los fundadores por su carácter de tales, y en consecuencia se ha descartado su asimilación a las acciones preferidas, que otorgan un conjunto de derechos que benefician a todos los titulares de esa categoría, mientras que los beneficios de los fundadores representan una carga para la sociedad⁽⁸⁷⁵⁾.

¿Implica el art. 185 descartar todo otro posible beneficio que no sea estrictamente una participación en las utilidades?

La ley 19.550, en el artículo en análisis, opta por una respuesta negativa, al prohibir sólo aquellos beneficios que menoscaban el capital social, pudiendo consistir en la participación de hasta un diez por ciento en las ganancias.

Sigue el legislador, en este tema, la corriente mayoritaria en la doctrina comparada, que admite entre otras, una participación privilegiada en la cuota de liquidación, cantidad fija en las utilidades, etcétera.

Pero debe advertirse que de una u otra forma, los beneficios de los fundadores deben especificarse concretamente en los estatutos, no pudiendo inferirse implícitamente, pues, como lo han señalado distintos fallos de nuestros tribunales⁽⁸⁷⁶⁾, el art. 185 consagra una concesión excepcional, independientemente del beneficio que es dable esperar como accionistas, y ese carácter impide admitirla por extensión, por analogía o por vía interpretativa, en función de gravar los intereses de futuros inversores de capital con obligaciones que ellos no han podido prever.

El art. 185, párrafo 2º, establece un límite a los beneficios de los fundadores, cuando aquellos consistan en una participación en las utilidades: el diez por ciento de las mismas como máximo por un término de diez ejercicios, en los que estas se distribuyan, de donde se sigue que ese plazo será continuo o discontinuo⁽⁸⁷⁷⁾, conforme los accionistas decidan o no distribuir las utilidades del ejercicio.

2. DEL CAPITAL

Art. 186.—

Suscripción total. Capital mínimo. El capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. No podrá ser inferior a 120.000.000 australes (\$ 12.000). Este monto podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario.

Terminología. En esta sección, "capital social" y "capital suscrito" se emplean indistintamente.

Contrato de suscripción. En los casos de aumento de capital por suscripción, el contrato deberá extenderse en doble ejemplar y contener:

1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad del suscriptor o datos de individualización y de registro o autorización tratándose de personas jurídicas;

2) La cantidad, valor nominal, clase y características de las acciones suscriptas;

3) El precio de cada acción y del total suscrito, la forma y las condiciones de pago. En las Sociedades Anónimas Unipersonales el capital debe integrarse totalmente.

4) Los aportes en especie se individualizarán con precisión. En los supuestos en que para la determinación del aporte sea necesario un inventario, éste quedará depositado en la sede social para su consulta por los accionistas. En todos los casos el valor definitivo debe resultar de la oportuna aplicación del art. 53. [Texto según ley 22.903 y decreto 1937 / 9.1.]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 11 inc. 4º, 39, 166, 187, 188, 191. Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia: arts. 94 a 103. Art. 150 de la ley 24.522. LSCUruguay: art. 279.

§ 1. El capital social en las sociedades anónimas

La importancia del capital social en las sociedades anónimas ha quedado claramente expuesta al analizar el art. 11 inc. 4º de la ley 19.550, el que eleva ese requisito a la categoría de esencial, en tanto todo el régimen del capital social en las sociedades anónimas está íntimamente ligado al excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas previsto expresamente en el art. 163 de la ley 19.550, el cual constituye un requisito tipificante de las sociedades anónimas.

Como si la mención a la existencia del capital social en todo contrato constitutivo de una sociedad anónima efectuada por el art. 11 inc. 4º de la ley 19.550 no hubiera sido suficiente, el art. 166 ratifica la importancia del capital social para las sociedades anónimas y prescribe la necesaria referencia en el acto constitutivo de la forma de suscripción e integración del mismo.

La mención del capital social en las sociedades anónimas se justifica sin mayores explicaciones, habida cuenta la función de garantía que éste cumple frente a terceros, en tanto que en toda sociedad en las cuales se les permite a los socios limitar su responsabilidad patrimonial a los aportes efectuados —o a las acciones suscriptas, lo que es exactamente lo mismo— la suficiencia del capital de la sociedad para afrontar las obligaciones sociales contraídas es el único mecanismo que los terceros cuentan para evitar que los administradores socialicen las pérdidas y les trasladen el riesgo empresarial.

Una sencilla lectura del ordenamiento societario vigente, ilustra suficientemente que la ley 19.550 ha intentado tutelar, a través del capital social y su consistencia, los intereses de los terceros que han contratado con la sociedad, exigiendo, en primer lugar, la aportación de bienes a la sociedad, que deben necesariamente ser susceptibles de ejecución forzada (art. 39), previendo, además, una serie de normas (arts. 51 a 53, 63, 68, 71, 185, 202, 205 y 206) que tienden a mantener la relación que debe existir entre el patrimonio y el valor nominal del capital suscrito, a los efectos de garantizar la solidez del ente y medir eventualmente su deterioro⁽⁸⁷⁸⁾. Asimismo, y para evitar que una sociedad comercial

pueda existir en el mercado sin capital social o con capital insuficiente, ha previsto la obligatoriedad de reducir el mismo en determinados supuestos (art. 206), incluyendo a la pérdida del capital social como supuesto autónomo de disolución de la sociedad (art. 94 inc. 5º), la cual, de continuar desarrollando su actividad ignorando tal circunstancia, hace solidaria e ilimitadamente responsables a los administradores y a los socios por los actos que exorbiten el trámite liquidatorio (art. 99 de la ley 19.550).

Secundariamente, la cifra capital cumple determinados efectos en el orden interno de la sociedad, pues determina el grado de participación de los accionistas en torno a la participación en las utilidades y soportación de las pérdidas (art. 11, inc. 7º), fija el quórum y mayorías necesarias para la adopción de las resoluciones sociales (arts. 243 y 244) y determina, en algunos casos, la intensidad de los derechos de los accionistas (arts. 107, 236, 275, 294, etc.).

En definitiva, el capital social actúa en las sociedades anónimas como una garantía para los acreedores de la sociedad, en cuanto ilustra sobre el patrimonio que debe existir y el que realmente existe⁽⁸⁷⁹⁾, sin perjuicio de las funciones operativas e internas que el capital social cumple y que fueron detalladas precedentemente.

§ 2. Capital social y patrimonio

No deben ser confundidos los conceptos de capital social y patrimonio, pues quienes no tienen claro las diferencias que existen entre ambas figuras, incurren por lo general en el grave error de menoscabar o ignorar la función de garantía que, frente a terceros, desempeña el capital social, dando total preeminencia a la función de productividad que, como hemos visto, cumple también el capital social de la sociedad.

En lo que respecta a terceros, la cifra del capital no permite medir la solvencia de la compañía, función que, por el contrario, cumple el patrimonio, definido este como el conjunto del debe y el haber —pasivo y activo—, según la clásica definición del art. 2313 del Código Civil y mantenida hoy por el art. 743 del Código Civil y Comercial de la Nación. Desde este punto de vista, parece evidente que para advertir la verdadera situación económica y financiera de la sociedad, en un momento dado, debe recurrirse a la lectura del balance y no a la cifra del capital, que no es más que una cuenta de los estados contables, concretamente, del patrimonio neto, que se mantiene permanentemente invariable, salvo que los socios acuerden la modificación del estatuto en tal sentido, previo cumplimiento de las formalidades establecidas para ello.

Con otras palabras, y siguiendo a Garrigues, el capital social es, a diferencia del patrimonio —definido este como el conjunto efectivo de bienes de la sociedad en un momento determinado— una cifra permanente de la contabilidad, que no necesita corresponder a un equivalente patrimonial efectivo. Indica esa cifra el patrimonio que necesariamente debe existir y es por ello que la mención del capital social es requisito esencial del contrato constitutivo, implicando para la sociedad el compromiso de conservar en interés de los acreedores un patrimonio igual, por lo menos, a la cuantía del capital.

De ello se desprende —siempre siguiendo a Garrigues— que la cifra de capital es una línea cerrada o círculo ideal trazado en el activo de la sociedad, que no acota bienes determinados y todo lo que exceda de este círculo puede ser distribuido entre los socios. Pero así como la línea del capital es fija (mientras no se modifique con las formalidades legales), la línea del patrimonio es, por esencia, movable. Por ello, aunque inicialmente coinciden una y otra, en cuanto la sociedad empieza a funcionar, la línea del patrimonio empieza a moverse, y si los negocios van bien quedarán por encima de la del capital, y por debajo si los negocios van mal. En este caso se ve clara la función del capital como cifra de retención: la sociedad no podrá repartir dividendos a sus accionistas mientras la línea del patrimonio no vuelva a coincidir con la del capital⁽⁸⁸⁰⁾.

§ 3. Los principios a los cuales está sometido el capital social

Nuestra legislación, siguiendo las orientaciones de otros cuerpos legales societarios, ha previsto, a través de una serie de normas de carácter imperativo, ciertos principios que tienden a asegurar la función de garantía que ha otorgado al capital social.

Tales principios son los siguientes:

1. El principio de la determinación del capital social: Conforme a este principio, la cuantía del capital debe ser objeto de expresa mención en el estatuto, adquiriendo así el rango de cláusula obligatoria, resultando ese dato de decisiva importancia en lo que respecta a la disciplina a que quedan sujetas las posibles alteraciones de su monto.

2. El principio de la invariabilidad del capital social: Este principio está estrechamente vinculado al anterior, y significa que su aumento o reducción no opera automáticamente, sino que, para que la cifra capital pueda ser modificada, se hace necesaria la reforma del estatuto, que sólo puede ser llevada a cabo por decisión del órgano de gobierno de la sociedad, previo cumplimiento de los requisitos previstos para ello.

3. El principio de la intangibilidad del capital social: Este principio ha sido previsto por el legislador en una serie de normas (arts. 51 a 53, 63, 68, 71, 185, 202 a 206, etc.) concebidas para evitar la disminución de dicho capital y mantener la relación entre éste y el patrimonio de la sociedad.

En estricta protección de esos procedimientos, y por procedimientos indirectos, la ley 19.550 aspira a que la sociedad tenga, cuanto menos, un capital social que no lo aleje de su patrimonio, asegurándose de que los accionistas integrarán totalmente sus acciones (art. 193); exigiendo la aprobación de la autoridad de control en la valuación de los aportes en especie (art. 53); prohibiendo a la sociedad la compra de sus acciones (art. 220); condicionando la reducción estatutaria del capital social a determinados requisitos de publicidad (arts. 203 y 204); supeditando la distribución de dividendos a la existencia de ganancias líquidas y realizadas, resultantes de balances aprobados; prohibiendo la emisión de acciones bajo la par (art. 202), etcétera.

No obstante estas previsiones, el sistema indirecto de protección del capital social que ha sido previsto por el legislador, a los efectos de evitar la disminución de la garantía de los acreedores no ha dado los resultados esperados, lo cual ha hecho predicar a parte de la doctrina, basada en un criterio meramente economicista, la eliminación del capital social, como requisito del contrato de sociedad, lo cual constituye un gravísimo error.

Muy por el contrario a esta corriente de opinión, basada en lo que se ha dado en llamar "el análisis económico del derecho societario", siempre basado en principios liberales y de preeminencia a las leyes del mercado, que jamás ha dado, en la práctica el menor resultado, al menos en lo que se refiere a la protección de los terceros que se han vinculado, de una manera u otra a la sociedad, entiendo que, en lugar de eliminar las normas de protección que aseguran la suficiencia del capital social, éstas deben ser reforzadas, siendo necesaria la inclusión de una norma en la ley 19.550 que obligue a los administradores sociales a exigir a los socios, cualquiera fuere el tipo social adoptado, pero en especial tratándose de sociedades anónimas, las aportaciones correspondientes para adecuar el capital social a la real actividad de la sociedad y a su concreto nivel de gastos, en tanto que, como garantía de los acreedores, resulta esencial mantener esa relación de cobertura.

Ello de ninguna manera quiebra los principios de tipicidad que caracterizan a la sociedad anónima, ni afecta el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas prevista por el art. 163, párrafo 1º de la ley 19.550, pues la limitación de la responsabilidad de los socios no es una garantía de indemnidad en cuanto a su irresponsabilidad por las deudas sociales, en tanto, se reitera una vez más, quienes han constituido una sociedad anónima —e idénticas conclusiones valen para las sociedades de responsabilidad limitada— gozan del excepcional beneficio de su limitación, que tiene como necesaria e inescindible contrapartida la obligación de los accionistas de dotar a la sociedad de fondos o bienes para evitar la licuación del capital social, con el cual el sujeto de derecho afrontará los riesgos de su actividad. Dicho con otras palabras, no es concebible una sociedad sin capital y con responsabilidad limitada de los accionistas.

§ 4. La limitación de la responsabilidad de los accionistas y el problema de la infracapitalización societaria

Para que el sistema previsto por el legislador societario pueda funcionar correctamente, y el accionista ser responsable por las pérdidas de la sociedad, perdiendo solo las sumas efectivamente aportadas al ente en oportunidad de suscribir las acciones de que es titular, el capital de la sociedad, como persona jurídica distinta del socio, debe estar en permanente relación con el nivel de gastos incurrido por aquella, lo cual conlleva a insistir en el compromiso tácito asumido por sus socios de aportar los fondos necesarios para restablecer permanentemente esa equivalencia y que el valor de la cuota social representativa del capital de la sociedad esté en directa proporción con el verdadero capital de la compañía. Sin tales requisitos, solo con los cuales es posible hacer realidad la célebre expresión de Georges Ripert⁽⁸⁸¹⁾, en

el sentido de que "el capital social es la contrapartida de la limitación de la responsabilidad del socio", el excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad del socio o accionista carece de todo fundamento con el más que probable riesgo que la sociedad anónima así infracapitalizada se convierta en un instrumento de fraude, como ha sucedido efectivamente.

No insistiremos más en el tema de la necesidad de poner límites al excepcional beneficio que gozan los socios de las sociedades de responsabilidad limitada y los accionistas de las sociedades anónimas en los arts. 146 y 163 de la ley 19.550, tema sobre el cual ya nos hemos explayado suficientemente⁽⁸⁸²⁾. Solo cabe recordar al lector que el principio de la limitación absoluta de responsabilidad de los socios o accionistas por las deudas sociales en los tipos sociales descriptos fue objeto de serios embates en el mundo entero desde principios de la segunda mitad del siglo veinte y así, por ejemplo, el profesor español Solá Cañizares nos recordaba que la Ley de Nueva York era una de las pocas que hacían excepciones al principio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas, cuando se trataba de deudas de la sociedad a obreros o empleados, respondiendo los accionistas en forma personal e ilimitada por dichas deudas⁽⁸⁸³⁾. Con la misma orientación, se fue desarrollando en Alemania y en Estados Unidos la doctrina de la infracapitalización o subcapitalización de la sociedad, como fenómeno generador de la responsabilidad de los socios o accionistas, encuadrable en el abuso subjetivo del derecho⁽⁸⁸⁴⁾. En tal sentido, en los Estados Unidos la regla de la capitalización suficiente de la compañía fue enunciada en el año 1946 por Ballantine, en su célebre obra *On Corporations*, sosteniendo que si una sociedad es constituida originalmente o interviene en el comercio con capitales tal reducidos que resulta probable que los bienes disponibles no sean suficientes para atender a las deudas, no resulta equitativo que los accionistas puedan montar una estructura tan endeble que les permita eludir su responsabilidad individual. Tal actitud implica un evidente abuso de derecho, en los términos del art. 1071 del Código Civil —hoy art. 10 del CCyCN— y art. 54 in fine de la ley 19.550 que engendra responsabilidad individual de los socios respecto de las deudas de la sociedad⁽⁸⁸⁵⁾.

La enorme cantidad de sociedades anónimas subcapitalizadas que funcionan en la República Argentina, muchas de las cuales nacen con tal deficiencia, en la medida que solo se requiere la suma de 12.000 pesos para constituir una sociedad de esta característica (art. 186 de la ley 19.550)⁽⁸⁸⁶⁾, impone la necesidad de aumentar sustancialmente ese capital social original. Pero ello no será suficiente si no se prevé una norma que imponga la necesaria aportación de los socios para equilibrar el capital social de la sociedad con el nivel de gastos de la empresa, a los fines de dotar a la sociedad de un capital social suficiente, que cumpla adecuadamente con la función de garantía para la cual ha sido previsto, como concepto diferente del patrimonio social. En tal sentido, debe destacarse que el ordenamiento legal de España, en materia del capital social de las sociedades anónimas deportivas, ha brindado pautas fundamentales para ser tenidas especialmente en cuenta en materia de sociedades anónimas en general.

Ahora bien, la necesidad de combatir la infracapitalización societaria, que como hemos visto, implica el pernicioso efecto de la traslación de los riesgos empresarios a los terceros vinculados con la sociedad, exige que aquella sea atacada desde la misma constitución de la sociedad, y para ello es necesario insistir en que el objeto social debe ser único —como lo hemos explicado al analizar el art. 11 inc. 3º—, y que debe existir, al momento de la constitución de la sociedad, una inescindible relación entre el capital social y el objeto que desarrollará la sociedad, cuestiones ambas que deben ser especialmente tenidas en cuenta por el registrador mercantil al momento de efectuar el control de legalidad al acto constitutivo de la sociedad, de conformidad con las expresas facultades que a dicho funcionario le otorgan los arts. 6º y 167 de la ley 19.550.

Si bien todos estos tópicos ya han sido objeto de especial estudio, no está de más recordar que la integración del capital y su vinculación con el desarrollo del objeto social ha sido requerido por la jurisprudencia al momento de la constitución de la sociedad, como requisito esencial para la registración de la misma⁽⁸⁸⁷⁾ y que la vinculación entre capital y objeto debe ser requerida durante toda la vida de la sociedad, pues carecería de todo sentido exigirla sólo al momento de la constitución del ente. Los sólidos fundamentos expuestos por el juez Enrique Butty, en el caso "Veca Construcciones SRL"⁽⁸⁸⁸⁾ y "Maco Sociedad de Responsabilidad Limitada", perderían todo sentido si sólo se exigiera esa relación al momento de registrarse el estatuto de la sociedad.

Repárese finalmente que la integración del capital social y su vinculación con el desarrollo del objeto social, durante toda la vida de la sociedad, es cuestión estrechamente ligada a la personalidad jurídica de la misma, pues "el fin societario" a que se refiere el art. 1º de la ley 19.550 —esto es, la producción o intercambio de bienes o servicios—, sólo puede concretarse si se cuenta con los medios necesarios para llevarlo a cabo.

Así lo ha interpretado la Inspección General de Justicia en el caso "Viejo Cimarrón Sociedad Anónima", cuando ha sostenido que la correspondencia entre capital social y patrimonio durante el funcionamiento de la sociedad aparece como uno de los principios conformadores del capital social y en su procura el ordenamiento societario prevé las correspondientes soluciones, siendo responsabilidad central de los accionistas velar por que la cifra de capital guarde adecuada equivalencia con el patrimonio social⁽⁸⁸⁹⁾.

De tal manera, si la sociedad carece de capital social suficiente con relación a su giro y los administradores y los socios de la sociedad nada han hecho para evitar la insolvencia de la misma, ignorando la necesidad de la compañía de obtener de estos últimos nuevos desembolsos dinerarios para hacer frente a sus obligaciones, evitando incluso la recurrencia a las soluciones concursales preventivas previstas por la ley 24.522, no parece justo que los accionistas se amparen en el beneficio de la limitación de la responsabilidad cuando la compañía incurre en cesación de pagos. Ello constituye un evidente abuso de derecho, que conlleva directamente a la responsabilidad solidaria e ilimitada de los accionistas por las obligaciones sociales, pues el sistema capitalista, que tantas oportunidades brinda a los comerciantes, no tolera que los riesgos empresarios puedan ser trasladados a personas ajenas a la sociedad.

Los tribunales del trabajo, siempre más receptivos a reprimir los abusos del mal uso de las sociedades comerciales que los tribunales de comercio, que por el contrario —y salvo honrosas excepciones— siempre han tolerado y permitido esas ilegítimas actuaciones, han extendido a todos los socios de una sociedad de responsabilidad limitada la condena dictada en sede laboral a dicha entidad. Sostuvo la sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, en el caso "Arancibia Nora y otros c/ Rodríguez Marcos y otros", dictado el 22 de septiembre de 2009⁽⁸⁹⁰⁾, que procede responsabilizar en forma personal, ilimitada y solidaria a los miembros de una sociedad de responsabilidad limitada empleadora por las deudas laborales de ésta, ya que si el capital social se tornó manifiestamente inadecuado durante el desarrollo de la actividad del ente, tal hecho no pudo pasar inadvertido para los socios y administradores, quienes como buenos hombres de negocios debieron adoptar las medidas necesarias para mantener la adecuada correlación entre el capital y el giro social, procurando asegurar el cumplimiento del objeto de la sociedad y de su insolvencia.

Otro importante precedente jurisprudencial en materia de infracapitalización societaria lo constituye el fallo de la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos caratulados "Díaz y Quirini SA s/ concurso preventivo, Incidente de revisión promovido por Quirini Augusto", dictado el 31 de mayo de 2012, en donde se resolvió que cuando la sociedad ha perdido su capital social, ella debe ser disuelta o capitalizada, y si en tales condiciones, el socio decide prestar fondos a la sociedad en lugar de aportar dinero, no puede luego, en situación de concurso, disputar derechos a los demás acreedores de la concursada, debiendo solo ser admitido su crédito en carácter de subordinado. Ello así —ratificó el Tribunal de Alzada— pues de lo contrario se frustraría la garantía que a la noción del capital social resulta inherente.

Compartimos totalmente esta solución, porque tiende a evitar el traslado de los riesgos empresarios a terceros, lo cual solo puede lograrse, cuando la sociedad se encuentra infracapitalizada, mediante la dación de nuevos aportes y no de préstamos dinerarios por parte de sus integrantes. Reiteramos que es de fundamental importancia entender la función de garantía que cumple el capital social, en especial en aquellas compañías donde los socios limitan su responsabilidad al aporte efectuado, lo cual obliga a los administradores sociales, a los socios y accionistas a estar pendientes de la suficiencia del capital social para cubrir sus pasivos. Es natural entonces que, incurrida la sociedad en la causal prevista en el art. 94 inc. 5º de la ley 19.550, ella deba necesariamente liquidarse, pero si los socios deciden superar ese estado disolutorio, no existe otro remedio que la realización de nuevos aportes para hacer posible que el capital social cumpla aquella trascendente función y no pretender colocarse en la misma situación que los acreedores concursales, ajenos al funcionamiento legal de la compañía, pues una actuación de esta naturaleza no merece el menor amparo judicial.

Finalmente, la doctrina de la infracapitalización societaria mereció su consagración definitiva en los autos "Víctor Carballude SRL s/ quiebra, Incidente de inoponibilidad de la personalidad jurídica", dictado por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial el día 13 de mayo de 2014, fallo que, a nuestro juicio, marcó un hito en materia de responsabilidad de los integrantes de sociedades comerciales, al poner en sus justos límites, lo que se conoce como el beneficio de la limitación de la responsabilidad, que la ley 19.550, al igual que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, lo otorga en favor de quienes integran una sociedad de responsabilidad limitada o una sociedad por acciones. Concretamente, la doctrina del fallo "Carballude", que ha sido objeto de especial comentario al analizar el art. 2º de la ley 19.550, a cuya lectura remitimos, predicó que, ante una situación de infracapitalización societaria, esto es, cuando la sociedad carece de capital social suficiente para afrontar sus obligaciones, es lícito allanar la personalidad jurídica de dicha compañía e imputar su actuación y su patrimonio a quienes son sus integrantes o, expresado con otras palabras, ante la referida situación, se abre el camino a los terceros para enderezar sus acciones contra los socios de la entidad que infracapitalizada, quienes deberán responder en forma solidaria e ilimitada por las obligaciones sociales incumplidas.

La modificación del capital social —su aumento o reducción— importa siempre reforma de estatutos, aun cuando el mismo se realice dentro del quíntuplo previsto por el art. 188 de la ley 19.550, pues el hecho de que esa reforma haya sido prevista contractualmente, para evitar el cumplimiento de ciertas formalidades, no le quita el carácter de tal⁽⁸⁹¹⁾.

Contrariamente a ello, y a efectos de evitar los inconvenientes que esa modificación estatutaria supone, se ha propuesto reiteradamente la supresión de la cifra capital en el estatuto⁽⁸⁹²⁾, sosteniéndose incluso que la ley 19.550 no exige en su articulado la inserción de este requisito en el estatuto de la sociedad. Concordantemente con esta tesitura, la Comisión Nacional de Valores dictó la resolución general 58 del 24 de julio de 1980, disponiendo que en los estatutos sociales de las sociedades comprendidas en el régimen de la oferta pública, se podrá hacer figurar únicamente el capital social aprobado en el acto constitutivo, y la evolución del capital a partir de ese momento deberá figurar en los balances de la sociedad, no importando los sucesivos aumentos de capital. Esta tesitura fue consagrada legislativamente en la ley 19.550, para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, por la ley 22.686, del 30 de noviembre de 1982, la cual, en el primer párrafo del art. 188 dispone que: "En las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, la asamblea puede aumentar el capital sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto".

Nunca compartimos esa reforma de la ley 19.550 y los fundamentos de la resolución general 58 de la Comisión Nacional de Valores se encuentran en pugna con expresas disposiciones de la ley 19.550, entre otras, los arts. 11 inc. 4º, 166, 179, 203 y 235. Por otra parte, los argumentos esgrimidos por la doctrina para sostener la tesitura adoptada por el organismo de control de las sociedades cotizantes no convencen, por las razones expuestas a continuación:

a) El art. 11 de la ley 19.550: "Contenido del instrumento constitutivo", incluye expresamente en el inc. 4º el capital social "que deberá ser expresado en moneda argentina y la mención del aporte de cada socio". El art. 166, por su parte, prevé que si la sociedad se constituye por acto único, el instrumento de constitución contendrá los requisitos del art. 11 y los siguientes: 1) Capital, respecto del capital social, la naturaleza, clases y modalidades de emisión y demás características de las acciones y en su caso, el régimen de aumento; 2) Suscripción e integración del capital, la suscripción del capital, su monto y forma de integración y si corresponde, el plazo para el pago del saldo adeudado, que no puede exceder de dos años.

Bien es cierto que ha sido sostenido que del análisis de la ley 19.550 no surge que la cifra del capital social deba ser mencionada en el estatuto, ya que los arts. 11 y 166 solo se refieren al instrumento constitutivo⁽⁸⁹³⁾, pero no consideramos acertada tal interpretación, en tanto ella olvida que el acto constitutivo regula exclusivamente la fundación de la sociedad, y el capital social es un elemento que rige la vida ulterior de la misma, incluso en el período liquidatorio, en especial, en lo que se refiere a sus relaciones internas. Con otras palabras, lo que es un dato histórico y circunstancial, que lo aleja del estatuto, es la composición accionaria de la sociedad anónima, esto es, la identificación de las personas que han suscripto e integrado las acciones en que se divide el capital social, pero no la forma de división del capital social, esto es, el número de acciones en que se representa el mismo y las características de éstas, que forman parte del estatuto y no solo del acto constitutivo. Repárese finalmente que el art. 235 de la ley 19.550 determina como de competencia de asambleas extraordinarias la modificación de estatutos, y en especial el aumento, reducción y reintegro del capital social, lo cual indica que este elemento es sin dudas integrativo del estatuto social y no del acto constitutivo de la sociedad.

b) La Comisión Nacional de Valores, en la resolución aludida, hace referencia, para sostener lo allí legislado, a la inconveniencia de que el capital indicado en las láminas representativas de las acciones no coincidan con el capital estatutario, lo cual podría perjudicar el carácter de título causal de aquellas. El argumento es simplemente académico, y olvida además el último párrafo del art. 211 de la ley 19.550, cuando, al enumerar las formalidades de las acciones, prescribe que las variaciones de los datos que contienen los títulos, deben hacerse constar en los mismos, excepto las relativas al capital social.

c) Finalmente, las demoras administrativas que fundamentan la posición de la Comisión Nacional de Valores no pueden servir de fundamento para derogar expresas normas de la ley 19.550. Sería más adecuado modificar las leyes orgánicas de los organismos de control, y no modificar la legislación de fondo ante cualquier inconveniente en el funcionamiento de aquellos.

§ 6. Capital social y capital suscripto

El art. 186 de la ley 19.550 prescribe que el capital social debe suscribirse al tiempo de la celebración del acto constitutivo, aclarando en su segundo párrafo que "en esta sección capital social y capital suscripto se emplean

indistintamente", con lo cual el legislador ha querido identificar ambos conceptos, el de capital social y el de capital suscrito, asimilación que, como veremos, no está exenta de dificultades.

Varias reflexiones pueden exponerse en torno a dicha prescripción legal: a) Por un lado, obliga a los fundadores a suscribir la totalidad del capital social en el mismo momento de la constitución de la compañía, debiendo quedar constancia, en el acto constitutivo, de las personas que son titulares de las acciones en que se divide el capital social. Repárese que poco importa al legislador la integración de las mismas: solo prescribe la necesidad de que no queden acciones sin suscribir el dicho instrumento; b) Lo que debe ser parte del "acto constitutivo" es la identificación de las personas —físicas o jurídicas— que han suscrito las acciones en que se representa el capital social, pero ello no significa, como hemos visto, que la descripción de las características en que se divide dicho capital no forme parte del estatuto; c) En cuanto a la identificación de los conceptos de capital social y capital suscrito, ello es evidente luego de la firma del acto constitutivo, del cual surgen los titulares de la totalidad de las acciones en que se divide el capital social, pero no lo es tanto cuando se trata de un aumento posterior del capital social, pues habida cuenta el procedimiento previsto por el art. 194 de la ley 19.550, que se refiere al incremento del capital social mediante nuevos desembolsos dinerarios de los socios, y en atención a la reglamentación del ejercicio del derecho de preferencia y de acrecer previsto en la aludida norma, no es posible, por lo general, identificar a los conceptos de "capital social" con "capital suscrito" en tanto la suscripción solo puede ser llevada a cabo luego de cumplimentado el procedimiento previsto por el referido art. 194, salvo que los mismos socios, en oportunidad de celebrarse la asamblea que resuelve el aumento del capital social, decidan suscribir en ese mismo acto las correspondientes acciones o renunciar al derecho de preferencia, lo cual no es hipótesis corriente.

Tomando textualmente la disposición legal, debería concluirse que el capital social, para ser considerado tal y producir la plenitud de sus efectos, debe encontrarse totalmente suscrito por los accionistas, y de ahí que podría sostenerse, merced a una interpretación exegética del segundo párrafo del art. 186 de la ley 19.550, que a pesar de encontrarse aprobado el aumento del capital social por la asamblea de accionistas, éste no debería ser computado entre los socios como capital social, hasta tanto concluya el procedimiento de suscripción a que se refiere el referido art. 194 de la ley 19.550.

Tal manera de razonar autorizaría a concluir sosteniendo que la decisión asamblearia de aumentar el capital social carecería de todo efecto, salvo que se tratase de uno de los supuestos previstos por el art. 189 de la ley 19.550, hasta tanto concluya el procedimiento de suscripción de las acciones, luego del ejercicio del derecho de preferencia, lo cual es doctrina que no se comparte, pues una interpretación armónica y finalista de esta ley 19.550 obliga a concluir que si bien el procedimiento del aumento del capital social concluye definitivamente con su inscripción en el Registro Público de Comercio (arts. 5º y 12), el cumplimiento de cada una de las etapas que supone el incremento del capital social va produciendo una serie de efectos en el ámbito interno de la sociedad, que concluye con aquella inscripción, oportunidad en la cual tal modificación estatutaria será oponible a los terceros.

Con otras palabras, el procedimiento del aumento del capital social implica una serie de actos de diferente naturaleza cada uno de ellos, que produce diversos efectos una vez que son llevados a cabo. El art. 191 de la ley 19.550 ratifica expresamente esta conclusión, cuando dispone que "Aun cuando el aumento del capital social no sea suscrito en su totalidad en el término previsto en las condiciones de emisión, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión".

Ratifican asimismo lo expuesto las expresas previsiones contenidas en los arts. 233, 235 y 245, en cuanto establecen la obligatoriedad para los accionistas y el directorio de las resoluciones del órgano de gobierno de la sociedad, otorgando el último de ellos el derecho de receso para los accionistas que han votado en contra del aumento del capital social, lo cual implica que la mera decisión de la asamblea de accionistas que resuelve esa modificación estatutaria (con excepción del supuesto previsto en el art. 188), ya surte efectos en cuanto a la necesidad del directorio de ejecutarla y para los accionistas disconformes de ejercer el derecho de receso, si optaren por ese camino. Lo expuesto por dichas normas priva de todo fundamento a la doctrina que sostiene que el aumento del capital social y la reforma de los estatutos son dos actos jurídicos diferentes⁽⁸⁹⁴⁾, pues la modificación estatutaria se lleva a cabo con la decisión asamblearia que lo ha aprobado, pero sujeto a una condición suspensiva: la suscripción total del mismo aumento, momento hasta el cual no podrán emitirse las acciones correspondientes.

Finalmente, la circunstancia de que la emisión de las acciones como consecuencia de un aumento del capital social no hayan sido totalmente suscriptas, ella no altera la solución prevista por el segundo párrafo del art. 186 de la ley 19.550, en tanto esa alternativa no deja sin efecto, automáticamente, la decisión asamblearia que aprobó el aumento del capital social, sino que dicho acuerdo asambleario sigue vigente, debiendo el órgano de gobierno de la sociedad dejar sin efecto el mismo (art. 254 segundo párrafo) o adecuar el aumento a las acciones efectivamente suscriptas.

§ 7. Capital integrado, capital previsto y capital reformado

Sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, y aunque la ley no emplea la expresión capital integrado en forma precisa, su existencia se encuentra prevista en el art. 187, al referirse a la integración mínima en efectivo, y a la integración total de los aportes no dinerarios.

Por un lado, y de conformidad a los términos del art. 188, que admite la autorización estatutaria del aumento de capital hasta su quíntuplo, puede sostenerse que el legislador ha contemplado el capital social previsto o potencial, cuya implementación, si bien supone reforma de estatutos, no requiere un acuerdo del órgano de gobierno adoptado en asamblea extraordinaria con las formalidades que ello supone.

Pero también la ley 19.550 ha creado un capital social reformado, que no es capital social suscrito ni el previsto, sino aquel aprobado por la asamblea de accionistas que se encuentra sin ejecutar por parte del directorio, pendiente el llamado de suscripción previsto por el art. 194 de la ley en análisis.

Ello obliga a diferenciar cuidadosamente en cuanto a los efectos que los mismos producen. El capital social reformado por asamblea es plenamente oponible en las relaciones internas, esto es entre los accionistas entre sí y frente a la sociedad, de manera tal que, una vez suscrito el mismo por parte de los accionistas o terceros (art. 194, LSC), dicho capital fija el régimen de quórum, mayorías y forma de distribuir las utilidades. Ello es aplicación lisa y llana de lo dispuesto por los arts. 12 y 233 de la ley 19.550 y justifica la aplicación del art. 245 de dicho cuerpo legal, es decir, el ejercicio del derecho de receso por parte de los accionistas disconformes con el aumento del capital social, en los plazos previstos por dicha norma, computados desde la clausura de la asamblea que haya resuelto ese incremento, y no desde la inscripción registral⁽⁸⁹⁵⁾.

§ 8. El capital social mínimo

La ley 22.182 del 7 de marzo de 1980 impuso, reformando la ley 19.550 sobre el particular, un capital social mínimo para las sociedades anónimas, que fuera posterior y sucesivamente actualizado, para evitar que el deterioro del signo monetario tornara irrelevante esa exigencia. La ley 22.903 actualizó ese monto, y actualmente el mismo está fijado en la suma de pesos doce mil (\$ 12.000) conforme al decreto 1937 del Poder Ejecutivo, con vigencia a partir del 6 de octubre de 1991, que hoy —enero de 2016— se ha modificado y aumentado a la suma de pesos 100.000, que es manifiestamente insuficiente —hoy por hoy— a los fines de evitar la proliferación de sociedades anónimas infracapitalizadas desde su misma constitución.

La exigencia del capital social mínimo puede justificarse como medio de evitar la proliferación de sociedades anónimas, para las cuales, por la complejidad y onerosidad de su funcionamiento, es dable esperar su dedicación a emprendimientos de mediana o gran envergadura, pero lo cierto es que esa finalidad —esto es, evitar la infracapitalización originaria— pierde todo sentido cuando la suma fijada como capital mínimo no es permanentemente actualizada.

Ahora bien, y a los fines de preservar la ecuación capital-objeto social, la cifra de cien mil pesos, prevista por el art. 186 primer párrafo de la ley 19.550, en su actual versión, no inhibe a la Inspección General de Justicia para exigir a la sociedad un capital social superior, atento la naturaleza de las actividades comprendidas dentro del objeto social, y cuando es de toda evidencia que aquella suma resulta manifiestamente insuficiente para encarar la actividad proyectada, pues más allá de que la resolución general IGJ 8/2016, haya eliminado la relación entre capital social y objeto, así como las facultades de la autoridad de control de requerir un capital social mayor, en caso de infracapitalización originaria evidente, lo cierto es que tales facultades surgen de principios generales de derecho societario, que impiden la traslación de riesgos a los terceros contratantes con la sociedad así como de la naturaleza y fundamento del control de legalidad, propia de la autoridad de control y ratificada por la ley 19.550 —en especial para las sociedades anónimas—, entre otras disposiciones legales (ley 22.315), que no pueden ser dejadas de lado por una resolución de la Inspección General de Justicia.

La redacción del art. 186 de la ley 19.550 parece restringir la exigencia del capital social mínimo al momento de la constitución, pero ello no se compadece con la intención del legislador, a la cual debe darse preeminencia como primera regla para la interpretación de las leyes⁽⁸⁹⁶⁾. El capital social mínimo debe ser requerido durante toda la vida de la sociedad, en tanto que, como hemos visto, éste determina la garantía que gozan los terceros por el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Sucede con frecuencia advertir, en antiguas sociedades anónimas, la existencia de un capital social irrisorio, que alcanza a pocos centavos, aún cuando, en la cuenta "capital" inserta en el estado de evolución del patrimonio neto de los estados contables, ésta cifra se encuentra acompañada por otra muy superior, que exhibe la actualización de dicho monto. Ello obliga a la sociedad a resolver un inmediato aumento del capital social, mediante la capitalización de dicha suma, en los términos del art. 189 de la ley 19.550, pues de lo contrario la compañía corre el riesgo de ser declarada nula, en los términos del art. 17 primer párrafo de la ley 19.550, en tanto —se recuerda— todo el régimen del capital social en las sociedades anónimas está íntimamente ligado al excepcional beneficio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas previsto expresamente en el art. 163 de la ley 19.550, el cual constituye un requisito tipificante de las sociedades anónimas.

§ 9. El contrato de suscripción de acciones

La Exposición de Motivos de la ley 19.550, explicando la inclusión del nuevo tercer párrafo del art. 186, que legisla sobre el contrato de suscripción de acciones en el caso de aumento de capital social, prescribe textualmente: "Se agrega, como tercer párrafo, una regulación, ausente en la actualidad, del contrato de suscripción en los casos de aumento de capital, estableciendo los requisitos que debe reunir el mismo, procurando evitar ciertos problemas que la práctica ha evidenciado por carencia de una regulación del mismo".

Del texto del nuevo art. 186, párrafo 3º de la ley 19.550, se desprende, en primer lugar, que dicho contrato debe ser formalizado únicamente para el supuesto de aumento de capital con efectiva suscripción de acciones, y no para las hipótesis previstas por el art. 189 de la ley 19.550 —capitalización de reservas, créditos, utilidades o saldo de revalúo contable—, supuestos en los cuales los accionistas participan obligatoriamente de ese aumento en proporción a las acciones de que eran titulares. Debe también advertirse que el contrato de suscripción de acciones, formalmente considerado, no es tampoco exigido para la constitución de sociedades anónimas por acto único, lo cual se explica fácilmente en la medida en que este contrato integra el acto de constitución (art. 166, inc. 2º), y en el cual los fundadores expresan la aceptación de las suscripciones y valuación provisoria de los aportes no dinerarios.

La ley 22.903 no aclara si el contrato de suscripción es requisito esencial de perfeccionamiento del aumento de capital, pero es obvio que ello debe descartarse, pues el acta de asamblea que resuelve ese aumento constituye el único antecedente formal para la validez de esa modificación estatutaria. El instrumento a que se refiere el tercer párrafo del art. 186 es exigido exclusivamente como medio de prueba de las suscripciones efectuadas, pero nada obsta a que esa suscripción e integración pueda ser acreditada con la posesión de los títulos correspondientes a tal emisión o por la inserción en el libro de asistencia a asambleas de una cantidad de acciones por accionista, que coincida con todas las emisiones efectuadas por la sociedad.

La importancia del contrato de suscripción de acciones surge evidente para aquellos supuestos en que la sociedad no emitió los títulos o certificados provisorios correspondientes a un aumento de capital y tiende a proteger a los accionistas de cualquier maniobra que, a efectos de menoscabar su participación social, pueda intentarse. Por ello entendemos que, atento su finalidad, cada accionista puede exigir la formalización del contrato correspondiente.

Por otra parte, el contrato de suscripción de acciones sólo puede ser suscripto en un todo de conformidad con lo resuelto por los accionistas en el acto asambleario que aprobare el aumento de capital, sin poder agregarse cláusulas no previstas en el acta oportunamente labrada, de conformidad a lo dispuesto por el art. 233, último párrafo de la ley 19.550, que obliga a los administradores a actuar en concordancia con las resoluciones de los accionistas.

Finalmente, el art. 186 de la ley 19.550 establece algunos de los requisitos de forma y fondo que caracteriza al contrato de suscripción de acciones.

En primer lugar, dispone dicha norma que el contrato de suscripción de acciones debe otorgarse en doble ejemplar, pues uno de ellos es entregado al accionista como prueba de la suscripción de las acciones efectuada, y el otro queda en

poder de la sociedad, como antecedente documental necesario a los fines de proceder a la registración en el libro de Registro de Acciones previsto por el art. 213 de la ley 19.550, de la nueva emisión de acciones efectuada.

En cuanto a su contenido, y sin perjuicio de otras estipulaciones que las partes pudieran prever —garantías por la integración; multas en caso de incumplimientos, etc.— el art. 186 establece como cláusulas de obligatoria inserción:

1) El nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad del suscriptor o datos de individualización y de registro o autorización, tratándose de personas jurídicas;

2) La cantidad, valor nominal, clase y características de las acciones suscriptas;

3) El precio de cada acción y del total suscripto, la forma y las condiciones de pago y

4) Los aportes en especie, que se individualizarán con precisión. En los supuestos en que para la determinación del aporte sea necesario un inventario, este quedará depositado en la sede social para su consulta por los accionistas.

En todos los casos, el valor definitivo debe resultar de la oportuna aplicación del art. 53.

§ 10. La integración del capital social en las sociedades anónimas unipersonales

La norma del art. 186 inc. 3º ratifica una solución ya prevista en el art. 11 inc. 4º, que ha sido prevista como uno de los contrapesos previstos por la ley 26.994 para incorporar a la legislación societaria a la sociedad unipersonal, requiriendo que el capital social de la misma debe integrarse totalmente en el acto constitutivo, ya se trate de aportes dinerarios u obligaciones de dar, susceptibles de ejecución forzada, pues se trata de fortalecer el capital social de estas entidades, y evitar las dificultades que se producirían para el caso de que, de aplicarse a las mismas la solución que el art. 187 prevé para las sociedades anónimas unipersonales (posibilidad de integrar el 25% del aporte dinerario a la fecha de la suscripción), debería afrontar la sociedad, al revestir el único socio y director único de la sociedad —y por lo tanto el representante legal de la misma—, el carácter de moroso en la integración de sus aportes en efectivo.

Art. 187.—

Integración mínima en efectivo. La integración en dinero efectivo no podrá ser menor al 25% de la suscripción; su cumplimiento se justificará al tiempo de ordenarse la inscripción con el comprobante de su depósito en un banco oficial, cumplida la cual, queda liberado. En la Sociedad Anónima Unipersonal el capital social deberá estar totalmente integrado

Aportes no dinerarios. Los aportes no dinerarios deben integrarse totalmente. Sólo pueden consistir en obligaciones de dar y su cumplimiento se justificará al tiempo de solicitar la conformidad del art. 167. [Texto según ley 26.994]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 39, 45, 53, 149, 166, 186, 193. Resolución general IGJ 7/2015, arts. 68, 69 y 100. LSC Uruguay: arts. 280 a 282.

§ 1. Integración del capital social en el acto constitutivo

En cuanto a la integración de los aportes dinerarios, el art. 187 de la ley 19.550, modificado por la ley 22.903, ha adoptado el mismo criterio que el previsto para reformar el art. 149, en materia de sociedades de responsabilidad limitada disponiendo al respecto que el cumplimiento de la integración en dinero efectivo, que no podrá ser inferior al veinticinco por ciento de la suscripción, debe justificarse al tiempo de ordenarse la inscripción, con el comprobante de su

depósito en un banco oficial, a diferencia del régimen derogado, que prescribía la necesidad de acreditar tal integración, al tiempo de la inscripción en el Registro Público.

Se aceptó legislativamente lo que era jurisprudencia pacífica del entonces Juzgado de Registro en la Capital Federal, que admitía ese depósito, y para evitar la descapitalización de tales sumas, en la última etapa del trámite inscriptorio.

Ahora bien, y por razones de seguridad, a los fines de evitar el traslado por la vía pública de dinero en efectivo, la Inspección General de Justicia no hizo oídos sordos a la reclamación de la comunidad en el sentido de estudiar alternativas tendientes a acreditar el aporte de dinero efectivo a la sociedad, sin necesidad de recurrir al mecanismo previsto por el art. 187 primer párrafo de la ley 19.550.

De manera tal que el Organismo de Control dictó la resolución general 18/2004, que luego fue plasmada en el art. 68 de las Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia (resolución general 7/2015, art. 69), conforme a la cual la acreditación de la integración de los aportes en efectivo puede también ser probada por la manifestación expresa, en la escritura pública de constitución de la sociedad, del escribano público autorizante de que, por ante él, los socios constituyentes obligados a la integración de los aportes, en cumplimiento de dicha obligación, hacen entrega de los fondos correspondientes a los administradores nombrados en ese mismo acto, y que éstos los reciben de conformidad y a los fines indicados. Podrá igualmente constar que dicha entrega se hace al mismo escribano público autorizante, con cargo a él de entregar los fondos a la administración social una vez inscripta la constitución de la sociedad.

Por su parte, los aportes no dinerarios deben suscribirse e integrarse en forma total, lo cual significa que la sociedad debe contar con los mismos una vez registrado el contrato social.

Los aportes no dinerarios sólo pueden consistir en obligaciones de dar, susceptibles de ejecución forzada (art. 39 de la ley 19.550), y su cumplimiento se justificará al tiempo de solicitar la inscripción prevista por el art. 167 de dicho cuerpo legal.

El aportante de bienes registrables debe acreditar, al momento de inscribir la sociedad, la inscripción preventiva del mismo a nombre de la sociedad en formación, efectuada en el registro correspondiente (art. 38 de la ley 19.550) y la valuación fiscal, o en su caso, justificación de valor asignado, mediante tasación practicada por perito matriculado con título universitario habilitante de la especialidad que corresponda, o por organismo oficial (art. 100 de la resolución general IGJ 7/2015).

Se recuerda que los aportes no dinerarios en las sociedades por acciones deben ser otorgados en propiedad, descartándose los aportes de uso y goce (art. 45), lo cual encuentra fundamento en la restringida responsabilidad de los accionistas que se limita exclusivamente a la integración de las acciones efectivamente suscriptas. Lo expuesto no descarta obviamente el aporte de industria en las sociedades anónimas, que muchas veces puede ser necesario como complemento del aporte dinerario efectuado. En tal caso, ese aporte puede ser objeto de una prestación accesorio, debidamente remunerada (art. 50, de la ley 19.550), que no integra el capital social, o puede ser cumplida a cambio de la entrega, por la sociedad, de un bono de participación (art. 229), que da derecho a su titular a participar de las ganancias del ejercicio.

Al igual que para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 149), la ley 19.550 exige la suscripción total del capital de la sociedad, lo cual significa que del contrato social debe surgir quiénes son los titulares de las acciones en que aquel se divide. La integración de los aportes dinerarios debe ser del veinticinco por ciento como mínimo, debiendo indicar el instrumento de constitución, el plazo para el pago del saldo adeudado, que no puede exceder de dos años (art. 166).

Ese veinticinco por ciento de los aportes dinerarios debe computarse por socio y no por capital social, pero debe advertirse que el art. 187 de la ley 19.550 se refiere exclusivamente al acto constitutivo y no al caso del aumento del capital social efectuado con efectivos desembolsos dinerarios, pues en estos casos, la asamblea que resuelve esa reforma estatutaria puede delegar en el directorio la época de emisión, forma y condiciones de pago (art. 188, primer párrafo de la ley 19.550), mecanismo al cual se recurre, por lo general, cuando los desembolsos requeridos a los accionistas son cuantiosos, o cuando el destino de las nuevas aportaciones permitan el fraccionamiento de la emisión de nuevas acciones.

El art. 187, en la redacción provista por la ley 26.994 del año 2015 exceptuó del depósito del 25 por ciento de los aportes dinerarios, al caso de constituirse una sociedad anónima unipersonal, lo cual había sido ya prescripto por el art. 11 inc. 4º de la ley 19.550 en su actual versión, correspondiendo remitirse, para aclarar el sentido de la excepción, al comentario al art. 11 inc. 4º y 186 de la ley 19.550.

El plazo de dos años —previsto por el art. 166 inc. 2º— con que cuentan los accionistas para integrar el saldo de los aportes dinerarios debe ser considerado como plazo máximo, y debe surgir claramente del contrato social. En caso contrario, será exigible desde la inscripción de la sociedad, la cual podrá hacer efectivos los mismos en los términos del art. 193, último párrafo, sin perjuicio de adoptar las medidas allí previstas contra el socio moroso.

§ 2. La integración de los aportes y la quiebra de la sociedad

Dispone el art. 150 de la ley 24.522, que la quiebra de la sociedad hace exigibles los aportes no integrados por los socios, hasta la concurrencia del interés de los acreedores y de los gastos del concurso. Agrega dicha norma que la reclamación puede efectuarse en el mismo juicio, por vía incidental y el juez puede decretar de inmediato las medidas cautelares necesarias para asegurar el cobro de los aportes, cuando no se trate de socios ilimitadamente responsables.

Ello significa que, decretada la quiebra de la sociedad, el síndico concursal está obligado a exigir la integración de los aportes comprometidos por los socios, encontrando el art. 150 de la ley 24.522 frecuente aplicación en el caso de las sociedades, anónimas o de responsabilidad limitada, en las cuales está permitido, al momento de la constitución, integrar sólo el veinticinco por ciento del capital social suscripto.

La acción prevista en dicha norma, que debe tramitar por vía incidental, y que autoriza la traba de medidas cautelares sobre el accionista moroso (art. 154 in fine, ley 24.522), está sujeta al plazo de prescripción quinquenal previsto por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación 1º del Código de Comercio, pero dicho plazo sólo puede computarse desde la fecha de la sentencia de quiebra, pues es a partir de ese momento en que este funcionario advierte la exigibilidad de los aportes no integrados y se encuentra en condiciones de ejercer dicha acción.

Art. 188.—

Aumento de capital. El estatuto puede prever el aumento del capital social hasta su quíntuplo. Se decidirá por la asamblea sin requerirse nueva conformidad administrativa. Sin perjuicio de lo establecido en el art. 202, la asamblea sólo podrá delegar en el directorio la época de la emisión, forma y condiciones de pago. La resolución de la asamblea se publicará e inscribirá.

En las sociedades anónimas autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones, la asamblea puede aumentar el capital sin límite alguno ni necesidad de modificar el estatuto. El directorio podrá efectuar la emisión por delegación de la asamblea, en una o más veces, dentro de los dos años a contar desde la fecha de su celebración. [Texto según ley 22.686]

§ 1. El aumento del capital social

Conforme a las reglas que gobiernan al capital social en las sociedades por acciones, el aumento o reducción del mismo no opera automáticamente, sino luego del cumplimiento de una serie de requisitos exigidos por el legislador, que tienden a dar transparencia a esos actos y proteger a la vez a los accionistas y a los acreedores de la sociedad.

En cuanto al aumento del capital social, y para satisfacer todos los intereses que se encuentran comprometidos, el legislador ha prescripto una serie de etapas para su concreción, que pueden clasificarse de la siguiente manera:

1) Resolución por Asamblea de Accionistas: Puede ser tanto ordinaria (si el aumento del capital social no excede el quíntuplo de su valor y esa posibilidad está prevista en el estatuto (art. 188 de la ley 19.550) o extraordinaria en los siguientes casos: 1) Cuando se exceda el quíntuplo del valor del capital social; 2) Cualquiera sea su monto, cuando el mecanismo previsto por el art. 188 del citado ordenamiento legal, no haya sido previsto estatutariamente y 3) Cuando el quíntuplo del valor del capital social haya sido agotado. Cabe recordar que en todos los casos la ampliación del capital social siempre supone la reforma del estatuto, con excepción de las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus

acciones, en las cuales la ley 20.686, que reformara el texto original del art. 188, de la ley 19.550 y por cuestiones de mera conveniencia práctica y fuera de toda congruencia, dispone que la asamblea ordinaria puede aumentar el capital social sin límite alguno y que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 188 (reformado por la ley 20.686), no supone modificación del estatuto.

2) Suscripción e integración por parte de los accionistas o terceros: En cuanto a esta etapa del procedimiento del aumento del capital social, deben ser distinguidos dos supuestos:

a) Si el aumento del capital social se realiza con efectiva suscripción e integración de las acciones a emitirse, deben cumplirse los requisitos de publicidad establecidos por el art. 194 de la ley 19.550 para permitir el ejercicio, por parte de los accionistas, del derecho de preferencia o de acrecer sus tenencias, como paso previo al ofrecimiento de las nuevas acciones a los terceros. Sólo una vez cumplidas estas etapas, la sociedad podrá emitir los títulos correspondientes a las acciones suscriptas.

b) Si dicho aumento se realiza mediante la capitalización de cuentas del balance (reservas, resultados no asignados de otros ejercicios, utilidades del ejercicio) o mediante la revaluación de activos, debe respetarse la proporción accionaria de cada accionista y la emisión de los títulos puede efectuarse en forma inmediata a la aprobación del aumento del capital social (art. 189, ley 19.550).

3) Inscripción del aumento del capital social en el Registro Público de Comercio (art. 12 de la ley 19.550). La inscripción del aumento del capital social en el registro mercantil torna oponible el aumento del capital social a los terceros.

El aumento del capital social, en definitiva, se va perfeccionando a medida que se cumplen las etapas previstas precedentemente, pero, como ya se ha expresado al analizar el art. 186, el cumplimiento de cada una de ellas tiene por virtualidad producir determinados efectos que le son característicos. En tal sentido, la aprobación por la asamblea de accionistas del aumento del capital social, autoriza a los socios disconformes a ejercer el derecho de receso (art. 245), y dicho acuerdo puede ser impugnado en los términos del art. 251 de la ley 19.550, desde la clausura de dicha asamblea. Sin embargo, y hasta tanto quede finalizado el procedimiento de suscripción de las nuevas acciones emitidas, el aumento del capital social no puede ser invocado por los socios o la sociedad, ni frente a terceros ni sirven para computar el quórum ni las mayorías en las asambleas de accionistas⁽⁸⁹⁷⁾, pues solo cumplidas las etapas previstas por el art. 194 de la ley 19.550 se podrá saber quiénes son los accionistas a los cuales corresponde emitir los títulos correspondientes.

La suscripción e integración total de las acciones, segunda etapa del procedimiento del aumento del capital social, autoriza a los socios a invocar, frente a la sociedad, la reforma del capital social, a los fines del cómputo del quórum, mayorías y régimen de distribución de utilidades (art. 12), aun cuando los títulos no hayan sido emitidos, pues basta la suscripción de las acciones emitidas como consecuencia del aumento del capital social, para que los accionistas ejerzan los derechos que derivan de las primeras, para lo cual no tiene ninguna relevancia la emisión de los títulos correspondientes.

Finalmente, el nuevo aumento del capital social sólo se torna oponible frente a terceros, con su inscripción en el Registro Público de Comercio, la cual marca la última etapa del procedimiento del aumento del capital social.

§ 2. Formas de aumentar el capital social

Como hemos visto, varias son las formas de aumentar el capital social previstas en la ley 19.550:

a) Mediante nuevas aportaciones o desembolsos dinerarios por los socios; b) Por capitalización de reservas; c) Por capitalización de utilidades; d) Por capitalización de deudas y aportes irrevocables; e) Por revalorización del activo y f) Por conversión de debentures u obligaciones en acciones. La ley 24.522 de Concursos y Quiebras, por su parte, prevé otro supuesto de aumento de capital, que se presenta cuando los acreedores aportan su crédito a la sociedad concursada o fallida (art. 43).

a) El aumento de capital con nuevas aportaciones de los socios requiere no sólo que la decisión asamblearia correspondiente fije el monto al cual se lleva el mismo, sino la forma y las condiciones en que ha de pagarse la parte del capital que no se desembolsa al suscribirlo, aspecto este que puede ser delegado en el directorio, de conformidad a lo prescripto por el art. 188, párrafo 2º de la ley 19.550. La suscripción de las acciones que se emitan deberá ser ofrecida

prioritariamente a los accionistas (art. 194), salvo aquellos supuestos excepcionales contemplados por el art. 197 de la ley en análisis.

b)El aumento de capital por capitalización de reservas se puede llevar a cabo en los casos en que la sociedad disponga de reservas acumuladas, procedentes de beneficios obtenidos en ejercicios anteriores, que nunca fueron distribuidas entre los accionistas en concepto de dividendos, para afectarlas a un destino especial (art. 70) No exige desembolsos de los accionistas, entregando la sociedad nuevas acciones en proporción al capital de que cada uno de ellos es titular. El aumento de capital por capitalización de reservas supone simplemente una transferencia de la cuenta de reservas a la cuenta capital, desafectándose dichos fondos del destino para el cual habían sido creados⁽⁸⁹⁸⁾. Las reservas susceptibles de ser capitalizadas son obviamente las llamadas libres o facultativas, o las estatutarias, pero no las legales, a cuya creación obliga el art. 70 de la ley de sociedades, salvo que la constitución de tales reservas hayan superado los topes allí previstos. Ahora bien, si las reservas legales superan el tope previsto por el art. 70 primer párrafo, no existen dificultades para capitalizar el saldo que excede el monto mínimo allí establecido.

c)Por su parte, la capitalización de utilidades del ejercicio deja sin efecto la distribución de las mismas entre los accionistas, quienes reciben en sustitución de ellas acciones en proporción a la participación que a cada uno de ellos corresponde.

El aumento de capital por capitalización de utilidades debe ser admitido con restricción, pues si bien ese incremento beneficia a la sociedad, favoreciendo su desarrollo y expansión, dotándola en forma inmediata de recursos, priva a los accionistas de las utilidades que les corresponden, obligándolos a suscribir forzosamente un aumento de capital por la simple decisión de la mayoría. Por esas consideraciones, la ley 19.550 exige en el art. 66 inc. 4º que los directores deben, en la memoria, explicar las causas, detalladamente expuestas, por las que se propone el pago de dividendos o la distribución de ganancias en otra forma que el pago en efectivo.

e)El aumento de capital por revaluación del activo, constituye una forma de aumento de capital sumamente utilizado en épocas de grave inflación, pues la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, produce un incremento constante del valor de los bienes sociales. Precisamente, sobre la base de los mayores valores puede realizarse el aumento de capital, emitiendo nuevas acciones que se entregarán a los accionistas en proporción de su respectiva participación. Ha dicho al respecto la jurisprudencia que el revalúo contable constituye el mecanismo en virtud del cual se logra el sinceramiento entre el valor del patrimonio social nominal y el real, como consecuencia de la incidencia negativa de la depreciación monetaria y de la necesidad de adecuar la contabilidad a cifras reales⁽⁸⁹⁹⁾.

La entrega de las acciones que se emitan como consecuencia del aumento de capital realizado por estas vías debe, bajo pena de nulidad, efectuarse en proporción a las respectivas participaciones de los accionistas, lo cual se explica fácilmente si se advierte que los títulos que se entregan están totalmente integrados, es decir, liberados de futuros pagos. El art. 189 es categórico al respecto y la asamblea que dispone el aumento del capital social no puede resolver de manera diferente, en tanto ello implica afectar el derecho de propiedad de cada accionista, de raigambre constitucional.

§ 3. Aumento de capital por conversión de los debentures u obligaciones convertibles en acciones

El art. 334 de la ley 19.550, ha incorporado a nuestra legislación los debentures convertibles en acciones, que no son una clase de debentures propiamente dichos, sino una variante que pueden ofrecer las obligaciones emitidas con o sin garantía, cuyo atractivo consiste —independientemente de los derechos de que gozan como debentures ordinarios— en la facultad de sus titulares de solicitar la conversión de ese título en acciones de la sociedad emisora.

La conversión de debentures en acciones debe ser siempre facultativa para el debenturista, y en consecuencia, la emisión de obligaciones convertibles no implica un aumento de capital que deba ser llevado a cabo con anterioridad a la fecha de su emisión, sino posteriormente, a la época de su conversión, con los inversores que hayan manifestado su voluntad de ingresar a la sociedad, sobre la tasa de canje prevista en el contrato, y en proporción al número de títulos que posean.

El legislador, teniendo en consideración que a través de la emisión de debentures convertibles puede fácilmente violarse el derecho de preferencia legislado por el art. 194 de la ley 19.550, ha otorgado a los accionistas el derecho preferencial de suscripción de los debentures convertibles en acciones, incluso con derecho de acrecer, derecho que pueden ejercer cualquiera que sea la clase o categoría de acciones de que sean titulares.

El art. 334, inc. 2º de la ley 19.550, autoriza por su parte, la emisión de debentures bajo la par, es decir, con precio de emisión inferior al valor nominal de las acciones; pero no obstante, como la conversión no puede hacerse en desmedro del capital social, el contrato de emisión debe prever el procedimiento de integración de la diferencia, a la época de hacer efectiva la conversión, exigiendo la integración por los debenturistas.

Por su parte, los arts. 11 y 12 de la ley 23.576, modificada por la ley 23.962 de Obligaciones Negociables, dispone que los accionistas que tengan derecho de preferencia y de acrecer en la suscripción de nuevas acciones, pueden ejercerlo en la suscripción de obligaciones convertibles, aplicándose lo dispuesto por los arts. 194 a 196 de la ley 19.550, y los accionistas disconformes con la emisión de obligaciones convertibles pueden ejercer el derecho de receso, conforme al art. 245 de la citada ley, salvo en los siguientes casos:

1) En las sociedades autorizadas a la oferta pública de sus acciones;

2) En el caso de que por asamblea extraordinaria de accionistas se haya suprimido el derecho de preferencia, en los casos del art. 197 inc. 2º, in fine de la ley 19.550 y

3) Cuando la sociedad celebre un convenio de colocación en firme de las obligaciones negociables convertibles, con un agente intermediario, para su posterior distribución entre el público. En estos casos, prescribe expresamente la ley 23.576, que la asamblea extraordinaria puede suprimir el derecho de preferencia, siempre que la resolución se tome con el voto favorable de por lo menos el cincuenta por ciento del capital suscrito con derecho a opción y no existan votos en contra que superen el cinco por ciento de dicho capital.

Dichas normas merecen los siguientes comentarios: a) Si bien el art. 334 de la ley 19.550 no prevé el ejercicio del derecho de receso para el caso de emisión de debentures convertibles en acciones, esa omisión no autoriza a descartarlo, pues concurren en el caso los mismos presupuestos que han convencido al legislador para conceder a los accionistas el derecho de receso para el caso de resolverse un aumento del capital social, conforme lo dispuesto por el primer párrafo del art. 245, de la ley 19.550 y b) En cuanto a lo dispuesto por la ley 23.576 de Obligaciones Negociables, no compartimos la solución prevista en los arts. 11 y 12, en tanto que la supresión del derecho de preferencia por decisión mayoritaria de una asamblea de accionistas, no supone necesariamente descartar el ejercicio del derecho de receso, sino todo lo contrario.

§ 4. Aumento de capital por capitalización de deudas y aportes irrevocables

El aumento de capital mediante capitalización de deudas está previsto en el art. 197 inc. 2º de la ley 19.550, cuando prevé las excepciones al ejercicio derecho de preferencia que el art. 194 otorga a los accionistas en caso de aumento del capital mediante efectivos desembolsos dinerarios, prescribiendo que el referido derecho podrá ser dejado de lado, mediando decisión de una asamblea extraordinaria con las mayorías previstas en el último párrafo del art. 244, cuando las acciones emitidas se den en pago de obligaciones preexistentes.

La jurisprudencia ha definido a esta operación sosteniendo que la capitalización de deudas permite convertir en socios a los acreedores sociales que estén dispuestos a sustituir su derecho de crédito por una participación en la sociedad⁽⁹⁰⁰⁾.

Nuestra jurisprudencia, tanto judicial⁽⁹⁰¹⁾ como administrativa⁽⁹⁰²⁾, ha clasificado al procedimiento de capitalización de deudas como una compensación, pero no una compensación legal, pues para así considerarla e imponerla judicial mente, resultaría necesario que los créditos que se pretenden cancelar estuviesen vencidos y sean exigibles contra la sociedad, como lo dispone el art. 923 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo cual no es requisito necesario para llevar a cabo la capitalización de esa deuda, en tanto que nada obsta a que la sociedad pueda emitir acciones, previo cumplimiento de todos los procedimientos que supone un aumento del capital social, en favor de un acreedor que tuviese un crédito que no es exigible ni de plazo vencido, pero que a la compañía le interesa cancelar, para disminuir su pasivo y mejorar su situación patrimonial y financiera.

La ventaja que entonces supone la capitalización de deudas es que ello implica, en puridad, una liberación de pasivos, y en términos generales, resulta sumamente beneficiosa para la sociedad, que verá reducido su pasivo por la cantidad que resulte capitalizada y que podrá disponer así de los recursos que en caso contrario habría tenido que emplear para atender al pago de sus obligaciones.

Los requisitos necesarios para proceder a la capitalización de deudas son los siguientes:

a) En primer lugar, los recaudos formales aplicables a cualquier tipo de aumento de capital (decisión del directorio y convocatoria a asamblea de accionistas)

b) Que la obligación que se pretenda cancelar sea preexistente a la decisión de la asamblea que dispone el aumento del capital social (art. 197 segundo párrafo de la ley 19.550).

c) Que sea resuelto por asamblea extraordinaria, con las mayorías del último párrafo del art. 244 de la ley 19.550.

d) Que se trate de casos particulares y excepcionales y que el interés de la sociedad lo exija, esto es, que la capitalización de deuda no atienda al interés del socio controlante; a un grupo de socios o al tercero beneficiario involucrado en esa operación.

Como bien ha sido resuelto en un importante fallo dictado por la sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, al considerarse la capitalización de deudas sociales, los accionistas deben contar con suficiente información por parte de los órganos de administración y fiscalización interna⁽⁹⁰³⁾, para evitar que dicha operación pueda convertirse en una actuación tendiente a beneficiar a un grupo de accionistas o en un procedimiento de licuación de las participaciones societarias de los accionistas ajenos a la capitalización.

La ley no hace diferencias en cuanto al titular del crédito que es objeto de capitalización, pudiendo éste ser un acreedor externo de la sociedad, un accionista o un director, situación que se presenta en la práctica cuando la sociedad adeuda al accionista el monto de préstamos dinerarios efectuados o dividendos ya aprobados y, tratándose de un director el beneficiario de tal capitalización, por honorarios aprobados a favor de éste mediante decisión de la asamblea ordinaria (art. 234 inc. 2º de la ley 19.550). Pero si la deuda que se capitaliza tiene por acreedor a un socio o a un miembro del órgano de administración de la sociedad, es obvio que ellos no tendrán derecho de voto en la respectiva asamblea o en la decisión del directorio que resuelva convocar a la asamblea extraordinaria prevista por el art. 197 segundo párrafo, respectivamente, habida cuenta que ellos tienen evidente interés en la decisión que se adopte (arts. 248 y 272 de la ley 19.550).

Aun cuando nada diga la ley sobre el particular, estimo que la decisión de la asamblea extraordinaria aprobando la capitalización de una deuda social, autoriza al ejercicio del derecho de receso por parte del accionista que votó en contra de dicha decisión, cualquiera fuere el monto del aumento del capital social, toda vez que los efectos de dicha capitalización implica necesariamente la disminución del porcentual accionario de que este accionista es titular, quien ni siquiera tiene derecho a ejercer el derecho de preferencia para conservar intangible su posición dentro de la sociedad⁽⁹⁰⁴⁾.

En cuanto a la capitalización de los aportes irrevocables, y a falta de regulación específica por la ley 19.550, no entendemos aplicable a la misma la solución prevista por el art. 197 segundo párrafo de esta ley, más allá de la aparente similitud existente entre ambas situaciones, pues la excepcionalidad de la hipótesis prevista por esta norma no autoriza, a nuestro juicio, a extenderla por analogía.

De manera tal que si el directorio de la sociedad pretende la capitalización del aporte irrevocable efectuado por un socio o un tercero, el aumento del capital social se rige por las disposiciones de los arts. 234 y 235 de la ley 19.550, en cuanto a la naturaleza de la asamblea que resuelva dicha reforma estatutaria, gozando todos los accionistas del derecho de preferencia y de acrecer para la suscripción de las nuevas acciones. En tal sentido, si el aportante es un accionista, éste tendrá derecho no solo a conservar su participación accionaria, recibiendo las acciones correspondientes a ese porcentual, sino y fundamentalmente a la restitución del saldo aportado, que la sociedad podrá abonarle con lo recaudado de otros socios, en ejercicio de los derechos previstos por el art. 197 de la ley 19.550. Obviamente, el socio que votó en contra de dicha capitalización podrá ejercer su derecho de receso, en la medida que el aumento del capital social supere el quíntuplo de su valor (art. 245 de la ley 19.550).

§ 5. Aumento de capital por capitalización de créditos en el concurso preventivo de la sociedad

El art. 43 segundo párrafo de la ley 24.522, prevé como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo, entre otras múltiples alternativas, la capitalización de créditos, inclusive de acreedores laborales, en acciones o en un programa de propiedad participada.

Si bien nada aclara la ley de concursos y quiebras sobre el particular, lo cual es de toda lógica, porque la ley 24.522 solo se ocupa de los procesos falenciales, entendemos que estamos en presencia de uno de los supuestos enumerados por el art. 197 de la ley 19.550, que expresamente suprime el ejercicio del derecho de preferencia para la suscripción de nuevas acciones, cuando estas se dan en pago de obligaciones preexistentes.

El aumento de capital por capitalización del pasivo en caso de concurso preventivo de la sociedad deudora es un procedimiento que ofrece indudables ventajas para el ente, accionistas y acreedores. Para estos, por cuanto la misma revitaliza la sociedad deudora e incrementa las posibilidades de cobro si está en difícil situación económica, o los incorpora al negocio si tiene perspectivas halagüeñas; para los accionistas, cuyos dividendos no han de soportar las detracciones para atender a los servicios financieros que generalmente son onerosos cuando se procede a este tipo de acuerdo, y para la sociedad para la cual la eliminación del pasivo fortalece su economía, le facilita el crédito al verse libre de pasivo, y le permite una mayor evolución en su producción, por hallarse liberada de los compromisos para el cumplimiento inmediato de sus obligaciones⁽⁹⁰⁵⁾.

Para este supuesto de aumento de capital, y por aplicación de lo dispuesto por el art. 197 de la ley 19.550, será necesaria una decisión de asamblea extraordinaria de accionistas, reunidos con el quórum y mayorías previstas por los incs. 1º, 2º y 3º del art. 244 de la referida ley, debiendo cumplirse, además, los requisitos previstos por aquella norma, esto es, que la capitalización de los créditos verificados responda al interés de la sociedad y no de los acreedores o de los socios, particularmente considerados.

Finalmente, y en cuanto a los acreedores que no hayan verificado sus créditos, o se encuentren en litigio, comparto la opinión de Salvador Bergel, en cuanto a que la propuesta deberá contemplar en forma expresa la forma de aumentar la emisión para cubrir tales créditos y la oportunidad en que se concretará⁽⁹⁰⁶⁾.

§ 6. Aumento del capital social hasta el quintuplo de su valor

El art. 188 de la ley 19.550 faculta a las sociedades anónimas a aumentar el capital social hasta el quintuplo de su valor, siempre y cuando el estatuto lo autorice expresamente, y lo decida una asamblea ordinaria de accionistas en los términos del art. 234, inc. 4º, con el régimen de quórum y mayorías para ella prevista.

En estricta puridad, esta norma carece actualmente de sentido, pues fue recogida por los legisladores de 1972, reproduciendo la solución prevista por el decreto 852/ 1955 del Poder Ejecutivo Nacional, que permitía la quintuplicación del capital autorizado, norma que encontró justificación para evitar las múltiples formalidades que implicaba inscribir en el Registro Público de Comercio un aumento del capital social, cuya tramitación, cualquiera fuere el monto del mismo, insumía más de un año de tiempo. Recordemos, para quienes de una manera u otra vivimos la primera etapa de la ley 19.550, que cualquier reforma de estatutos requería la conformidad administrativa de la por entonces Inspección General de Personas Jurídicas, cuya aprobación no era vinculante para el Juez de Registro, que volvía a ejercer sobre ese acto el control de legalidad que le otorgaba los arts. 6º y 167 de la ley 19.550, con las demoras que ello implicaba, en especial cuando no existía uniformidad de criterios entre el organismo de control y el registrador mercantil, lo cual no constituía hipótesis excepcional.

De manera entonces que, consciente de la necesidad de las sociedades anónimas de actualizar permanentemente el capital social, en épocas de inflación, merced al deterioro de su monto, y a los fines de facilitar la más rápida registración de esa reforma estatutaria, el legislador de 1972 estableció una importante diferencia entre el aumento del capital social hasta su quintuplo y del que supere ese tope, disminuyéndose para el primer caso los requisitos previstos por la ley 19.550 para su toma de razón en el registro mercantil, pues mientras en el caso de aumento del capital social excediendo el quintuplo, el acto estaba sometido a las formalidades propias de toda reforma estatutaria (aprobación por la asamblea extraordinaria, conformidad administrativa de la autoridad de control y registración ordenada por el Juzgado de Registro), en el caso del aumento del capital social dentro del quintuplo, éste se decide por asamblea ordinaria (art. 234 inc. 4º de la ley 19.550) y no requiere conformidad administrativa, sino solo inscripción en el Registro Público de Comercio.

Ahora bien, la sanción de las leyes 22.315 y 22.316 del año 1980, que unificaron el control de la sociedad en manos de la actual Inspección General de Justicia hicieron perder todo sentido a la original solución prevista por el art. 188 de la ley 19.550, y nada justifica hoy —máxime cuando los trámites ante la autoridad de control en torno a la inscripción de cualquier modificación estatutaria se han agilizado enormemente— la clasificación que, en torno a los aumentos del capital social formuló nuestro ordenamiento societario.

Podría decirse, en favor del mantenimiento de la solución prevista por el art. 188 de la ley 19.550, que la diferencia entre el aumento del capital social dentro y fuera del quíntuplo radica no tanto en las formalidades a que están sometidos uno y otro acto, sino al ejercicio del derecho de receso por parte del accionista disidente, que solo se admite cuando el aumento del capital está fuera de la hipótesis prevista por el art. 188 de la ley 19.550 y se integra en dinero efectivo, pero ello no es así, porque la inaplicabilidad del art. 245 de la referida ley a este supuesto no es absoluta, en tanto el accionista que votó en contra del aumento del capital social, aún dentro del quíntuplo de su valor, podrá desvincularse de la sociedad, mediante el ejercicio del derecho de receso, cuando dicho quíntuplo se hubiera agotado.

No debe olvidarse que, aún cuando el estatuto así lo prevea, el aumento del capital social dentro del quíntuplo importa siempre reforma de estatutos, pues las reglas especiales a que se somete el aumento previsto por el art. 188 de la ley 19.550 no altera la naturaleza del acto que, precisamente por importar una reforma del contrato, origina el pedido de inscripción. Con otras palabras, la previsión estatutaria autorizando el aumento de capital hasta el quíntuplo de su valor no otorga otros derechos que los de eximir de ciertas formalidades para su instrumentación, sin cambiar la naturaleza jurídica del acto. Claramente lo ha señalado la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, cuando textualmente ha sostenido que existe modificación de estatutos cada vez que se operan cambios que afectan la estructura de la organización capitalista de la sociedad anónima, esto es, cada vez que se operan alteraciones en la consistencia del capital social, modificaciones que necesariamente se reflejan sobre las partes en que está dividido el capital social, el valor nominal de las acciones y el número de éstas. El hecho de que la introducción de algunas de estas modificaciones se encuentre prevista en los estatutos no quita que, cuando se actúa tal previsión, se está operando una reforma"⁽⁹⁰⁷⁾

El art. 188 de la ley 19.550 plantea algún interrogante de difícil solución, como por ejemplo: ¿Debe la asamblea agotar el quíntuplo al hacer uso de la atribución concedida por el art. 188 o puede hacerlo en una o más veces? La respuesta debe ser afirmativa para este último supuesto, pues responde al fundamento práctico del art. 188 y permite capitalizar reservas y utilidades que muchas veces no alcanzan al tope legal. En ninguna de sus disposiciones la ley expresa que el aumento hasta el máximo autorizado sea efectuado en una sola vez, y si así fuera, se obligaría a la sociedad a hacer un esfuerzo más allá de sus posibilidades para alcanzar ese límite, perdiendo la oportunidad de hacer un crecimiento progresivo que consulte las posibilidades del mercado y la necesidad de la empresa"⁽⁹⁰⁸⁾

§ 7. Delegación en el directorio de la ejecución del aumento del capital social

La deficiente redacción del art. 188 de la ley 19.550, que parece dedicada al aumento del capital social hasta su quíntuplo, prescribe que la asamblea de accionistas sólo puede delegar en el directorio la época de emisión, forma y condiciones de pago, de lo cual se desprende que el órgano de gobierno no sólo debe fijar el monto del aumento, sino las clases de acciones a emitirse, forma de integración y la nueva redacción del artículo modificado.

Esta delegación no es solo aplicable a los aumentos del capital social dentro del quíntuplo, como podría interpretarse con un análisis exegético del art. 188 de la ley 19.550, sino a cualquier aumento del capital social, aún cuando exceda del quíntuplo de su valor, toda vez que el art. 235, cuando incluye en su inc. 1º al aumento del capital social (salvo en supuesto del art. 188) dentro de las decisiones que corresponde adoptar a la Asamblea Extraordinaria, reproduce exactamente la fórmula del art. 188 en lo que se refiere a las cuestiones que pueden ser delegadas en el órgano de administración de la sociedad.

La delegación en el directorio se refiere a la época de emisión, forma y condiciones de pago, pero la ley no especifica, salvo para las sociedades que realizan oferta pública de sus acciones (ley 22.686), si el directorio puede ejercer la delegación en una o más oportunidades, ni indica cuál es el plazo máximo para el ejercicio de la delegación, así como tampoco prescribe que la decisión del directorio que resuelve la emisión debe inscribirse en el Registro Público de Comercio, aspectos estos que deberán ser objeto de inclusión en una futura reforma legislativa, por los problemas que en la práctica ocasionan, pero entendemos que no existe inconveniente ni incompatibilidad alguna para que la solución aportada por la ley 22.686, pueda ser aplicada a todas las sociedades anónimas, en tanto el segundo párrafo del art. 188 contempla una solución que contempla satisfactoriamente todos los intereses en juego.

§ 8. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones

8.1. Orígenes de esta particular figura. Su incorrecta denominación y las razones de su utilización

Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones vieron la luz, en el mundo académico, allá por el mes de septiembre de 1981, en oportunidad de celebrarse en la ciudad de Buenos Aires las Segundas Jornadas Nacionales de Derecho Societario, organizados por el Instituto de Derecho Comercial de la Universidad Notarial Argentina. Se trató de un evento de singular importancia, que reunió la presencia de más de mil asistentes en el Centro Cultural San Martín y una infinidad de ponencias que sirvieron de antecedente para la reforma a la ley 19.550 efectuada un año después por la ley 22.903. Precisamente, en dichas jornadas, el Profesor Héctor Alegria presentó un trabajo referido a estos "singulares" aportes⁽⁹⁰⁹⁾, no previstos en la ley 19.550, que despertó la atención de la doctrina nacional.

El nacimiento de los denominados "aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos de capital social" no surgieron como respuesta a una necesidad del comercio o del funcionamiento de una sociedad comercial sino que respondió a una finalidad menos loable: la de eludir el pago de impuesto de sellos en oportunidad de resolverse asambleariamente un aumento del capital social, por entonces de celebración casi mensual, habida cuenta los picos inflacionarios advertidos a finales de la década del 70 y principios de la década siguiente.

Lo cierto es que, más allá de ese impuro origen, la institución que se analiza tomó en poco tiempo carta de ciudadanía, y pocos años después, era muy difícil advertir la existencia de entidades que no tuvieran registrados en el patrimonio neto de los estados contables importantes sumas de dinero en concepto de aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones, de modo que se prefirió priorizar las cualidades que este instituto presentaba —la posibilidad de obtener fondos ante inmediatas necesidades dinerarias— mirando la jurisprudencia para el costado, salvo honrosas excepciones, cuando se trataba de cuestionar su falta de apego a expresas normas de la ley 19.550.

El principal problema que presenta esta figura es su denominación, pues como bien ha señalado el Profesor Favier Dubois (p), en uno de los mejores artículos sobre el tema⁽⁹¹⁰⁾, lo correcto hubiera sido denominarlos "adelantos", "anticipos" o "aportaciones" como se los llama en España, pues la imprecisión semántica sobre este instituto constituye la base de las malas interpretaciones que esta particular figura ha despertado en doctrina y jurisprudencia⁽⁹¹¹⁾.

Más allá de la impropiedad técnica de su denominación, los aportes irrevocables han sido definidos como los fondos entregados a la sociedad por los socios o terceros y recibidos por sus administradores para ser capitalizados, sin que previamente el órgano competente hubiese dispuesto el aumento del capital social⁽⁹¹²⁾.

De esta definición surgen sus principales características:

- a) Son entregas de fondos efectuadas a la sociedad;
- b) No constituyen mutuos dinerarios, en tanto están destinados a su capitalización;
- c) Están sometidos al riesgo empresario;
- d) Su necesidad es perentoria, no habiendo tiempo para recurrir al procedimiento de aumento de capital previsto por la ley 19.550.

Es importante destacar que no se trata de aportes, en el sentido técnico empleado por la ley 19.550, en tanto este cuerpo legal solo admite la existencia de aportes al momento de constituirse la sociedad o en oportunidad de aumentarse el capital con efectivos desembolsos por parte de los socios, previa decisión del órgano de gobierno de la sociedad de modificar el contrato constitutivo o el estatuto.

El concepto de "aporte irrevocable" ha pretendido ser explicado jurídicamente desde numerosos puntos de vista⁽⁹¹³⁾, recurriendo fundamentalmente a las normas que el ordenamiento civil prevé en materia de obligaciones, ninguna de las cuales convence, pues la mayoría de esas disposiciones están pensadas para los actos bilaterales con prestaciones recíprocas, que no se compadecen, por lo general, con el funcionamiento de un ente societario, nacido de un contrato plurilateral de organización.

La jurisprudencia fue admitiendo paulatinamente esta institución, luego de algunas marchas⁽⁹¹⁴⁾ y contramarchas⁽⁹¹⁵⁾, pero era de toda evidencia la necesidad de una normativa legal que contemplara sus aspectos más controvertidos y fundamentalmente que pusiera límites a los abusos que se prestaba, pues no faltaron las oportunidades para que los denominados "aportes irrevocables" se convirtieran en un instrumento de fraude mediante el cual los administradores y/o los socios o accionistas manipulaban el patrimonio neto de la sociedad, mejorándolo cuando se trataba de obtener créditos de terceros, mediante el sencillo expediente de ingresar en caja importantes sumas de dinero en concepto de aportes irrevocables, para luego retirarlos de la sociedad en caso de haber obtenido éxito en sus gestiones crediticias.

Pero además de ello, los aportes irrevocables también sirvieron como instrumento de licuación de las participaciones societarias minoritarias, pues no fueron tampoco aislados los casos donde el o los accionistas controlantes, sin existir concretas necesidades financieras de la sociedad, realizaron desembolsos dinerarios con miras a una inmediata capitalización, sin respetar, al momento de ampliar el capital mediante la correspondiente decisión asamblearia, el derecho de preferencia previsto por el art. 194 de la ley 19.550.

Por mi parte, siempre entendí que esta particular figura, no prevista por la ley 19.550 y creada dentro de lo que la imaginación popular ha dado en llamar "contabilidad creativa", constituía una distorsión del concepto técnico de los aportes previstos por la ley 19.550, pues merced a esta especie de "magia contable" la sociedad recibía fondos de refresco y en lugar de aumentar su pasivo, como en derecho corresponde, en tanto todo préstamo genera una cuenta en el pasivo exigible, ello incrementaba su patrimonio neto, mejorando en consecuencia los estados contables, pues estas singulares daciones son registrados en la contabilidad de la sociedad formando parte de la cuenta capital, aún cuando no ha existido capitalización previa de tales sumas, requisito imprescindible para que esas cifras formaran parte del capital social, no exigibles hasta la etapa final de la liquidación del ente y sujetas al riesgo empresario.

La falta de regulación legal del instituto alentaba todo este tipo de prácticas viciosas, que no encontró en la jurisprudencia, salvo algún caso aislado⁽⁹¹⁶⁾, los necesarios límites que debió imponer, habida cuenta que, como he señalado, los aportes irrevocables ofrecían la posibilidad de la sociedad de recibir fondos de necesidad imperiosa, pero sin agravar su pasivo, a los fines de exhibir sus estados contables a terceros que la hicieran aparecer como una compañía sólida financieramente.

De manera tal que, se reitera, esta figura, si bien de discutible legalidad y difícil compatibilidad con los institutos que brinda la técnica societaria, obtuvo, por su masiva aceptación, inmediata carta de ciudadanía y puede afirmarse que, hoy por hoy, son muy pocas las compañías que no exhiben estos aportes en la cuenta capital del patrimonio neto de los estados contables, por lo que la necesidad de su tratamiento legal era imprescindible, y la doctrina se mostró coincidente que esa ausencia de tratamiento legal era causa de conflictividad e incertidumbre⁽⁹¹⁷⁾. Así lo entendió la Comisión Nacional de Valores, la cual, mediante la resolución general 466/2004, dictó una minuciosa reglamentación, que fue tenida muy en cuenta por la Inspección General de Justicia al momento de dictar la resolución general 25/2004, que también fue inspirada en la resolución técnica 17 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (Norma 5. 19. 1.3.1.), si bien solo de obligatoria aplicación para los profesionales en ciencias económicas, no deja de ofrecer parámetros sumamente interesantes para su reglamentación⁽⁹¹⁸⁾.

8.2. La resolución general de la Inspección General de Justicia 25/2004, reglamentaria de los aportes irrevocables a cuenta de futuros aumentos del capital social

En uso de las expresas facultades de control y del poder de policía comercial ejercida por razones de interés general tendientes a asegurar la buena fe de las transacciones comerciales y especialmente, afirmando el principio de transparencia y lealtad del tráfico mercantil y la protección del público en general, la Inspección General de Justicia dictó el 19 de noviembre de 2004 la resolución general 25/2004 que, entre otros temas, se abocó a los aportes irrevocables y a su necesaria y rápida capitalización, para evitar eternizar dichos anticipos o adelantos dinerarios en los estados contables de la sociedad.

Lo primero que se estimó imprescindible hacer la Inspección General de Justicia, siguiendo los antecedentes de la Comisión Nacional de Valores y del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires, fue poner un límite temporal a la vigencia de estos aportes irrevocables, para que los mismos no quedaran depositados eternamente en la contabilidad de la sociedad receptora. En tal sentido, se fijó un plazo de ciento ochenta días para que la sociedad pueda capitalizar el mismo, computados desde la aceptación del aporte por el directorio o la gerencia de la sociedad receptora.

La determinación de un plazo razonable para la capitalización de los aportes irrevocables fue la clave del nuevo régimen legal al cual la Inspección General de Justicia sometió los mismos y ello respondió a la evidente necesidad de otorgar certeza a las relaciones jurídicas y a consolidar el patrimonio de la compañía, pues si ésta recurre al instituto de los aportes irrevocables para obtener fondos de refresco por parte de los socios o de quienes pretenden serlo, ingresando fondos destinados a una futura suscripción de acciones, nada autoriza a demorar en forma indefinida, como venía sucediendo en la práctica, la convocatoria a una asamblea o reunión de socios para llevar a cabo el aumento del capital social.

Concretamente, si los aportes irrevocables nacieron como una solución concreta de la sociedad ante la falta de fondos para hacer frente a obligaciones inmediatamente exigibles contra ella, imposibilitada —por cuestiones financieras— de obtener créditos de instituciones financieras y —por cuestión de tiempo— de recurrir a los mecanismos internos societarios para obtener de los socios financiación interna mediante nuevos y genuinos aportes societarios, no existen

motivos concretos —salvo la manipulación dolosa de tales aportes irrevocables— para que la sociedad pueda demorar la celebración del acto asambleario en donde se resuelva el aumento del capital social y la emisión de las correspondientes acciones a favor de los aportantes, luego —obviamente— de cumplir con el procedimiento previsto por el art. 194 de la ley 19.550.

Por otra parte, lo que intentó asimismo la Inspección General de Justicia mediante la resolución general 25/2004 fue transparentar en el plano del procedimiento registral la existencia del aporte y las condiciones de su capitalización, debiendo la autoridad de control exigir, al momento de la inscripción del aumento del capital mediante la capitalización de los aportes irrevocables, la copia del acta de directorio de la sociedad que aceptó en forma expresa el o los aportes irrevocables, así como otros recaudos, de naturaleza contable, como una certificación acerca de la composición y cuantía del patrimonio neto a la fecha de la aceptación y la constancia efectiva de que dicho aporte está totalmente integrado.

Del mismo modo, y para no afectar los derechos de los terceros que han contratado con la sociedad, teniendo en cuenta la cifra del patrimonio neto de los estados contables, engrosada con el monto de los aportes irrevocables efectuados a la compañía, se dispuso que en caso de restitución de dichos aportes al acreedor que los hizo, es necesario efectuar una publicación por tres días, abriendo un plazo de 15 días para que los acreedores de la sociedad se opongan y eventualmente resolverlas dentro de los 15 días subsiguientes. Como habrá advertido el lector, se trata de la misma publicidad y el mismo procedimiento de oposición que la ley 19.550 dispone para el caso de reducción voluntaria del capital social prevista en el art. 204 y es lógico que ello sea así, pues los terceros bien podían confiar, por ser ello lo normal en materia de aportes irrevocables, que estos iban a ser capitalizados, pues ello es el fin natural de este tipo de anticipos dinerarios.

Vencido el plazo previsto para que los acreedores sociales hayan realizado el régimen de oposición antes referido, la sociedad deberá restituir el crédito al aportante y sus estados contables posteriores tendrán que contener notas de los montos restituidos, acreedores oponentes, tratamiento dado a las oposiciones, etc.

Si la sociedad no capitaliza el aporte irrevocable, o lo capitaliza en parte, dicho anticipo —en forma total o parcial, según el caso— se convierte en lo que la doctrina conoce como una "acreencia subordinada", equiparando la acreencia del aportante al crédito de los socios por reintegro del capital aportado al constituir la sociedad, el cual, como surge de lo dispuesto por el art. 109 de la ley 19.550, solo debe ser satisfecho en la etapa liquidatoria, una vez cancelado el pasivo social.

Finalmente, el art. 104 de la resolución general IGJ 7/2015 prohíbe expresamente efectuar aportes irrevocables mediante la dación de inmuebles u otros muebles registrables, lo cual se explica fácilmente, por cuanto la existencia de esta figura nace ante la necesidad imperiosa de la sociedad de obtener financiamiento urgente, sin poder esperar que la compañía ponga en funcionamiento el mecanismo previsto por la ley 19.550 en materia de financiamiento interno, en tanto entre la publicación de edictos de convocatoria y el transcurso del plazo previsto por el art. 194 del referido ordenamiento legal transcurre por lo general más de tres meses. La aportación de inmuebles u otros bienes registrables, por el contrario, puede esperar al cumplimiento de las formalidades propias de todo aumento del capital social y ello fue aclarado por la Inspección General de Justicia mediante una posterior resolución particular, dictada en el expediente administrativo "Ratto José Luis c/ IFR Sociedad Anónima"⁽⁹¹⁹⁾, mediante la cual se dejó en claro la inadmisibilidad de transferir a la sociedad un fondo de comercio a título de "aporte irrevocable", utilizándose los siguientes argumentos:

a) La concreción de los aportes irrevocables está subordinada a la existencia de situaciones de emergencia que no pueden esperar la realización de aquellos trámites de aumento del capital social, lo cual no parece acontecer cuando el objeto del "aporte irrevocable" es un aporte en especie, o como en el caso, la transferencia de un fondo de comercio;

b) En estricta puridad jurídica, y como fuera señalado por la jurisprudencia de nuestros tribunales mercantiles⁽⁹²⁰⁾, la efectivización de los aportes irrevocables subvierten el orden natural del procedimiento de aumento del capital social contemplado por la ley 19.550, en tanto que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 188 de dicha normativa, la suscripción de las nuevas acciones emitidas y la integración de los nuevos aportes por parte de los socios constituyen la ejecución de un aumento del capital social previamente decidido por una asamblea ordinaria o extraordinaria de accionistas, según el caso;

c) Aceptados los aportes irrevocables como método idóneo a los fines de dotar a la sociedad de capital de trabajo, el requisito de emergencia o de urgencia en su concreción asume el carácter de rasgo tipificante de esta figura, pues de lo contrario, todo el procedimiento previsto por la ley 19.550 para llevar a cabo un aumento del capital social con efectivos desembolsos de los socios carecería de todo sentido y de toda coherencia;

d) Finalmente y de conformidad a nuestra normativa societaria, solo podría excepcionarse el principio de que los nuevos aportes de los socios deben ser efectuados como consecuencia de un aumento del capital social y nueva emisión

de acciones, cuando comprobadas razones de urgencia impidan esperar a la sociedad el cumplimiento de tal procedimiento. De allí que esa entrega de fondos por el "aportante" asuma el carácter de irrevocable para él, a la espera de una asamblea de accionistas que resuelva la capitalización del mismo.

8.3. Otros problemas que presentan los aportes irrevocables

Finalmente, no está de más aclarar en esta oportunidad, algunas preocupaciones expuestas por la doctrina en torno a los aportes irrevocables y que no fueron contempladas por la resolución general 25/2004⁽⁹²¹⁾, luego receptadas por las resoluciones generales IGJ 7/2005 y 7/2015.

En primer lugar, ha sido objeto de controversias el derecho del aportante al pago de intereses compensatorios, cuando la asamblea de accionistas o reunión de socios no acepta la capitalización de los aportes irrevocables, cuestión de no muy frecuente presentación en la práctica, por cuanto estos anticipos son efectuados, por lo general, por quienes son los dueños del paquete de control. Ante tal alternativa, uno de los considerandos de la resolución general 466/2004 de la Comisión Nacional de Valores expuso que la señalada condición de capital de riesgo ab initio de los aportes irrevocables resulta incompatible con el reconocimiento de intereses por los mismos en caso de disponerse su restitución (art. 13 incs. 2º y 3º de la ley 19.550), pero entendemos que la cuestión resulta sumamente controvertible y los argumentos contrarios resultan más convincentes, pues a pesar de que la persona que realizó el anticipo dinerario lo hizo como capital de riesgo y no como mutuo dinerario, si el acuerdo asambleario que resolvió no capitalizarlo lo transformó en un crédito a favor de tercero, y el propósito del aportante de convertirse en socio no pudo ser posible, por causas ajenas a su voluntad, no es justo que le sea devuelto el importe por la sociedad sin los correspondientes intereses compensatorios.

Otro tema controvertido que presenta el instituto en análisis lo constituye el derecho del socio o accionista recedente a incluir, dentro del valor del receso previsto por el art. 245 de la ley 19.550, a la parte proporcional del aporte irrevocable efectuado por determinado o determinados socios o terceros, aún no capitalizado. Si bien es cierto que la inclusión de tales sumas en el patrimonio neto de la sociedad podría autorizar su cómputo a los fines del cálculo del valor del receso, entendemos que ello no es procedente cuando la sociedad no capitalizó ese aporte durante el ejercicio en que el socio o accionista recedente ejerció el derecho previsto por el art. 245 de la ley 19.550. Dicho de otro modo: no puede computarse, a los fines de la fijación del valor de la parte del socio recedente, los aportes irrevocables no capitalizados durante el ejercicio en que se concretó el referido derecho.

¿Deben computarse los aportes irrevocables a los fines del cálculo previsto por el art. 31 de la ley 19.550, que establece los límites para que una sociedad comercial pueda participar en otra⁽⁹²²⁾? Favier Dubois (p) opina que dichos aportes deben ser tomados en un cien por ciento, lo que no quita que si la integración en definitiva no se realiza y el aporte debe ser devuelto, el cálculo de la inversión autorizada habrá de resultar dudoso⁽⁹²³⁾. Por nuestra parte pensamos que si bien el aporte irrevocable se asienta en el patrimonio neto de los estados contables, dentro de la cuenta capital, éste no forma parte del mismo hasta tanto se resuelva su capitalización, y el hecho de que deba cumplirse, a los fines de su reintegro, con los requisitos de publicidad y oposición previstos para el caso de reducción voluntaria del capital social en nada cambia la naturaleza de tales aportes, pues se trata de una norma de protección de los intereses de terceros, cuyo objetivo está muy por encima de todo intento de coherencia que se pretenda darle a una figura nacida de la operatoria mercantil. De manera tal que, hasta su efectiva capitalización, el aporte irrevocable no debe computarse a los efectos del cómputo de las participaciones de una sociedad en otra y un argumento adicional se me ocurre en apoyo de esta tesis: de concluirse en sentido positivo y computar los aportes irrevocables a los fines de lo dispuesto por el art. 31 de la ley 19.550, la fijación de los límites allí previstos queda a exclusiva voluntad de los accionistas de la sociedad participante, quienes podrían manipular las cuentas previstas en dicha norma para violar, con extrema facilidad, los objetivos que inspiraron la referida disposición legal.

Art. 189.—

Capitalización de reservas y otras situaciones. Debe respetarse la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas y otros fondos especiales inscriptos en el balance, en el pago de dividendos con acciones y en procedimientos similares por los que deban entregarse acciones integradas.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 66, 70, 71, 194, 197, 224, 334; Resolución general de la Inspección General de Justicia: arts. 68, 97, 102, 316, 318; Ley 24.522: art. 43. LSC Uruguay: art. 283.

§ 1. Protección de los accionistas en el procedimiento del aumento del capital social

Ha sido especial preocupación del legislador la protección del accionista y la intangibilidad de su participación accionaria frente al caso en que la sociedad resuelva, a través de su órgano de gobierno, el aumento del capital social.

Para ello, y de acuerdo a la diferente forma en que dicho procedimiento puede ser llevado a cabo, la ley 19.550 brinda diversas soluciones para asegurar a los mismos la conservación del porcentaje accionario de que son titulares, en el entendimiento de que la cantidad de acciones suscriptas por cada uno de ellos, y fundamentalmente el porcentaje que ellas representa en el capital social, ha sido elemento esencial que han tenido en consideración ellos al constituir o ingresar a la sociedad.

Como veremos al analizar los arts. 194 y ss. de la ley 19.550, cuando el aumento del capital social se lleva a cabo mediante efectiva aportación de los accionistas, el legislador otorga a los mismos el derecho de preferencia y de acrecer, otorgando prioridad a los accionistas frente a los terceros, para la suscripción de las acciones que son emitidas como consecuencia del aumento del capital social.

Pero, como hemos visto, el aumento del capital social puede ser efectuado de otras maneras que mediante el desembolso efectivo de dinero por los socios, como por ejemplo, mediante los procedimientos previstos por el art. 189 de la ley 19.550, esto es, por la capitalización de determinadas cuentas del balance (reservas, utilidades, etc.), o en procedimientos similares por los que deben entregarse acciones liberadas (revaluación de bienes del activo), actos estos que han sido explicados en los párrafos anteriores.

Según lo ha pretendido el legislador, en todos los casos previstos por el art. 189 de la ley 19.550, y a diferencia del aumento del capital social con efectiva integración por parte de los accionistas, el cual se encuentra legislado en el art. 194 de la ley 19.550, estos no se encuentran obligados a aportar nuevos fondos o bienes, sino que, determinadas cuentas del balance, como por ejemplo, las reservas facultativas, los resultados no asignados de otros ejercicios o las utilidades del ejercicio que se considera, son capitalizadas y pasan a integrar el capital social, recibiendo los accionistas los títulos que se emitirán como consecuencia de esa capitalización. Por ello el legislador, en el último párrafo del art. 189 se refiere al derecho de los accionistas de recibir "acciones integradas", o, como se dice también, "acciones liberadas", es decir, libres de toda integración dineraria, en la misma proporción que las que ya eran titulares antes de resolverse el aumento del capital social.

Sin embargo, el art. 189 de la ley 19.550 confunde dos conceptos que deben ser claramente diferenciados, pues una cosa es la capitalización de utilidades y otra muy distinta es el pago del dividendo con acciones, pues a pesar de que la ley 19.550 se refiere en varias oportunidades a la posibilidad de pagar dividendos de tal manera (arts. 31, 66 inc. 4º, 189, 218, etc.), lo cual, a nuestro juicio, resulta inadmisibles, pues el dividendo, como principio general, debe ser abonado siempre en efectivo, y su pago en acciones no es otra cosa que la última etapa del procedimiento de capitalización de utilidades.

La capitalización de utilidades no puede asimilarse a la capitalización de reservas, y por ello, la aplicación del art. 189 de la ley 19.550 al primero de los casos no nos resulta acertada. En efecto, mediante la capitalización de reservas, los socios resuelven aumentar el capital social, utilizando para ello determinadas sumas de dinero que oportunamente fueron detraídas de utilidades de ejercicios anteriores para destinarlas a un fin cierto y determinado. Si esas reservas, denominadas "libres o facultativas" no fueron utilizadas para el fin para los cuales fueron destinadas, los socios pueden afectarlas posteriormente para aumentar el capital social. Con otras palabras, al crearse una reserva libre con ganancias de ejercicios anteriores, los socios han optado por sacrificar sus dividendos en aras del interés social, afectando las sumas que podían ser distribuidas en tal carácter, para destinarlas a otro fin. La ley 19.550 acepta este procedimiento, aun cuando lo carga con determinados requisitos de validez (arts. 66 inc. 3º, 70, 244, etc.), de estricto cumplimiento, bajo pena de nulidad (art. 251 de la ley 19.550).

No sucede lo mismo con la capitalización de utilidades, pues si bien y en principio, los accionistas son libres para renunciar a sus dividendos y aportarlos a la sociedad para aumentar el capital social, no resulta justo que ese sacrificio pueda ser impuesto a todos ellos, por decisión mayoritaria, toda vez que para que el dividendo pueda ser aportado, lo cual implica una decisión individual de cada socio, es requisito previo que los accionistas, reunidos en asamblea, hayan aprobado su distribución. Esta decisión asamblearia es precisamente lo que permite a los accionistas disponer del dividendo, pues hasta tanto ello no suceda, las ganancias pertenecen a la sociedad.

Es doctrina pacífica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso "Aduriz SA" de fecha 9 de octubre de 1968 que la decisión asamblearia que resuelve distribuir las ganancias y aprobar el dividendo modifica sustancialmente la posición del socio, quien, a partir de ese momento, adquiere un derecho de crédito con carácter irrevocable y con abstracción del día fijado para el pago, de manera que el accionista, una vez que ocurre tal distribución, puede comportarse como un tercero frente a la sociedad, ceder su derecho, transmitirlo, gravarlo e incluso, en caso de quiebra, actuar como un acreedor, ya que el dividendo aprobado no puede ser afectado por pérdidas posteriores.

En consecuencia, una vez aprobado el dividendo, mal puede la sociedad, a través de una decisión asamblearia, disponer de algo que ya ha pasado a ser propiedad del accionista, quien es libre de aportarlo para aumentar el capital social, o para decidir no hacerlo, perdiendo en ese caso su porcentaje en dicho capital.

Es conclusión evidente que el aumento del capital social por capitalización de ganancias o utilidades debe ser asimilado al aumento del capital con efectiva aportación (art. 194 de la ley 19.550), y no al aumento del capital por capitalización de cuentas del activo, pues, reitero, los dividendos, una vez aprobada su existencia, dejan de pertenecer a la sociedad y no forman parte de su patrimonio, careciendo sus órganos de la posibilidad de disposición sobre ellos, de manera tal que la decisión de cada accionista de aportarlos a la sociedad en concepto de integración de una futura emisión de acciones, constituye una decisión individual de cada uno de ellos y no una decisión corporativa, que se adopta por mayoría y que puede serle impuesto a todos los accionistas.

§ 2. Naturaleza de la norma prevista en el art. 189 de la ley 19.550

La norma del art. 189 de la ley 19.550 es de carácter imperativo, y el respeto de la proporción de cada accionista en la capitalización de las cuentas especiales de los estados contables allí previstas no puede ser alterado por una decisión asamblearia, disponiendo una distribución distinta. Ello se explica fácilmente si se repara que la solución prevista por el artículo en análisis encuentra fundamento en que dichas acciones ya se encuentran integradas por cada accionista, al haber resignado la percepción de sus dividendos en efectivo, mediante la constitución de reservas, resultados no asignados o capitalización de utilidades.

Art. 190.—

Suscripción previa de las emisiones anteriores. Las nuevas acciones sólo pueden emitirse cuando las anteriores hayan sido suscriptas.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 189.

§. 1. Suscripción completa de las emisiones anteriores

El art. 190 de la ley 19.550 tiende a proteger la intangibilidad del capital social, prohibiendo futuras emisiones de acciones cuando las anteriores no están totalmente suscriptas por los accionistas. Se intenta evitar, a través de la disposición en estudio, que la sociedad exprese un capital ficticio que redunde en perjuicio de los terceros y que atente contra la función propia del capital en las sociedades por acciones⁽⁹²⁴⁾.

La norma en análisis no diferencia entre emisión de acciones resultantes de un aumento de capital con efectivas aportaciones o aumento de capital con acciones liberadas, y es justo que así sea, pues la norma no sólo atiende a los intereses de los terceros, sino también del accionista, que se encuentra válidamente facultado para oponerse a una capitalización de reservas o utilidades, cuando existe un saldo pendiente de integración correspondiente a un aumento de capital resuelto con anterioridad, cuyas acciones nunca fueron suscriptas en su totalidad.

La violación a esta norma provoca la nulidad absoluta de la nueva emisión de acciones, por cuanto en la misma están comprometidos los derechos de los terceros y comprometido el principio de intangibilidad del capital social, de evidente orden público.

Art. 191.—

Aumento de capital. Suscripción insuficiente. Aun cuando el aumento del capital no sea suscripto en su totalidad en el término previsto en las condiciones de emisión, los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión.

CONCORDANCIAS: LSC: art. 186.

§ 1. Suscripción insuficiente de un aumento de capital

El art. 191 de la ley 19.550 plantea un problema que puede presentarse cuando decidido un aumento de capital con efectivo desembolsos dinerarios y consecuente emisión de acciones, la suscripción no cubre totalmente la emisión.

Se trata, la hipótesis prevista en el art. 191, de un aumento del capital social efectuado con efectivos desembolsos, porque la misma no puede presentarse cuando se trata de una emisión de acciones producida por capitalización de cuentas de los estados contables, habida cuenta lo dispuesto por el art. 189.

La norma nos plantea las consecuencias jurídicas que provoca la falta de suscripción de la totalidad de las acciones emitidas como consecuencia de un aumento del capital social.

Dos interrogantes pueden formularse sobre esta cuestión: ¿Provoca esa alternativa la invalidez total de la emisión de acciones? ¿Queda suspendida esa emisión hasta tanto la integración quede completa?

El art. 191 brinda expresa solución al problema, prescribiendo que los suscriptores y la sociedad no se liberarán de las obligaciones asumidas, salvo disposición en contrario de las condiciones de emisión, lo cual significa que los accionistas que se han comprometido a integrar las acciones emitidas deben hacer los desembolsos necesarios, y la sociedad emisora entregar los títulos que los accionistas han suscripto, salvo que la asamblea de accionistas en donde se resolvió el aumento del capital social, haya decidido lo contrario, y en cuanto al saldo de acciones que no fue suscripto, el directorio deberá convocar a una nueva asamblea a los fines de reformar nuevamente el estatuto, reduciendo el capital social en los términos del art. 203 y adecuar el capital social al número de acciones que fueron efectivamente suscriptas por los accionistas.

Art. 192.—

Mora: ejercicio de los derechos. La mora en la integración se produce conforme al, art. 37 y suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 36, 37; resolución general IGJ 7/2015, art. 68.LSC. Uruguay: arts. 317, 318.

Art. 193.—

Mora en la integración. Sanciones. El estatuto podrá disponer que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora, sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa si se tratare de acciones cotizables. Son de cuenta del suscriptor moroso los gastos de remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de su responsabilidad por los daños.

También podrá establecer que se producirá la caducidad de los derechos; en este caso la sanción producirá sus efectos previa intimación a integrar en un plazo no mayor de 30 días, con pérdida de las sumas abonadas. Sin perjuicio de ello, la sociedad podrá optar por el cumplimiento del contrato de suscripción.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 36, 37; resolución general IGJ 7/2015, art. 68 y 98. LSC Uruguay: art. 318.

§ 1. Mora en la integración de los aportes. Régimen legal

El régimen que en materia de mora en la integración de los aportes contienen los arts. 192 y 193 de la ley 19.550, no se contradice con el principio general que consagra el art. 37 del mismo cuerpo legal, sino que lo complementa, teniendo en consideración las especiales características de las sociedades anónimas.

En virtud del régimen previsto por el art. 37 de la ley 19.550, el socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo y debe resarcir los daños e intereses. Tal es el principio general que rige las relaciones entre el socio y la sociedad en materia de integración de las acciones suscriptas y es aplicable a todo tipo de sociedad.

¿Cuáles son, en las sociedades anónimas, los efectos de la mora prevista por el art. 37 de la ley 19.550 cuando se adeuda, total o parcialmente, la integración de las acciones suscriptas por un accionista?

En primer lugar, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 192, la mora en la integración de los aportes suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a dichas acciones, sean estos políticos o patrimoniales. Este efecto opera automáticamente, esto es, sin necesidad de cláusula estatutaria que así lo disponga y en cuanto a los derechos que le corresponde a la sociedad ante el incumplimiento por el accionista del contrato de suscripción de acciones —cualquiera fuere la forma en que este fue celebrado— ellos están previstos en el art. 193:

a) Si el estatuto no contuviere disposición expresa sobre la actuación que a la sociedad le corresponde seguir en caso de incumplimiento del accionista en la integración de su aporte, el último párrafo de dicha norma dispone que la sociedad podrá exigir judicialmente el cumplimiento del contrato de suscripción con sus accesorios y daños correspondientes.

b) Sin perjuicio de esta opción, que está abierta para la sociedad incluso en caso de que el estatuto no la contemple, son válidas las cláusulas previstas en este instrumento que disponga que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora sean vendidos en remate público o por medio de un agente de bolsa si se trata de acciones cotizables, siendo de cuenta del suscriptor moroso los gastos de remate y los intereses moratorios, sin perjuicio de reclamar al mismo los daños y perjuicios ocasionados.

c) Asimismo, puede el estatuto establecer que la mora del accionista en la integración de las acciones suscriptas producirá la caducidad de los derechos de suscripción; en este caso la sanción producirá sus efectos previa intimación a integrar en un plazo no mayor de treinta días, con pérdidas de las sumas abonadas en caso de incumplimiento.

Nada obsta a que el estatuto de la sociedad puede prever ambas sanciones, esto es, la caducidad de los derechos de las acciones en mora y su venta posterior en remate público, pues esta última solución parece la consecuencia lógica de la decisión de la sociedad de disponer la caducidad de los derechos emergentes de dichas acciones, en tanto esta última sanción impone una concreta decisión de la sociedad sobre el destino final de tales participaciones, cuyos derechos no pueden ser ejercidos, por encontrarse caducos.

Si bien la redacción del art. 193 de la ley 19.550 deja mucho que desear, la necesaria interpretación que corresponde efectuar del mismo, permite arribar a la conclusión de que la alusión al "remate público" a que hace referencia el primer párrafo de dicha norma, no es estrictamente la subasta judicial a que alude el Código Procesal, pues nada obsta a que la

sociedad acreedora por el monto de la integración de las acciones a deudada por el accionista moroso pueda enajenar las mismas mediante el procedimiento de un remate extrajudicial, que como es sabido, en materia de acciones de una sociedad anónima, fuere ésta cotizante o no, debe ser efectuada en la Bolsa de Comercio, mediante un procedimiento elaborado por esta institución para esa emergencia.

Parece obvio sostener que si el art. 193, primer párrafo de la ley 19.550, autoriza a los fundadores de la sociedad anónima a insertar en el estatuto una cláusula especial por medio de la cual se disponga que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora sean vendidas en remate público o por medio de un agente de bolsa, no puede ello circunscribirse a la subasta judicial, posterior al dictado de una sentencia favorable a la sociedad, pues la alternativa de recurrir a la justicia ante la mora del accionista deudor siempre constituye un alternativa del acreedor, que no requiere estipulación expresa en ningún contrato.

En caso de que el estatuto prevea la operatividad de las dos alternativas previstas por el art. 193 de la ley 19.550, acaecida la mora del accionista deudor, corresponderá al directorio de la sociedad —y no a la asamblea de accionistas— determinar cuál será el procedimiento más conveniente, lo cual es de toda lógica por resultar injustificada la demora en la convocatoria de asamblea para tratar un punto que bien puede comprenderse en aquella facultad que el órgano de gobierno pueda delegar en el directorio, de conformidad con lo dispuesto por el art. 188, párrafo 2º de la ley 19.550. Sin perjuicio de ello nada obsta a que el órgano de gobierno resuelva al aumentar el capital el camino a seguir en caso de mora de algunos de los accionistas en la suscripción correspondiente.

Si se optara por la venta del derecho de suscripción, el accionista moroso, sin perjuicio de responder por los gastos e intereses moratorios, deberá satisfacer el saldo del precio, cuando la acción fuera vendida en un monto que no permitiera a la sociedad cubrir el valor de las acciones. Inversamente, de quedar un remanente, el saldo deberá ser entregado al ex-accionista⁽⁹²⁵⁾.

Si por el contrario, se eligiera el camino de caducidad de los derechos, atento la gravedad de dicha sanción, la sociedad deberá previamente intimar al deudor a los efectos de que éste integre las acciones suscriptas en un plazo no mayor de treinta días, debiendo contener esa intimación el referido apercibimiento. Se trata de una aplicación concreta al negocio societario del procedimiento establecido por el art. 1083 del Código Civil y Comercial de la Nación (pacto comisorio), pues la "caducidad de los derechos" y la "pérdida de las sumas abonadas", a que hace referencia el segundo párrafo del art. 193 de la ley 19.550 no son sino un claro ejemplo de la "resolución" del contrato de suscripción de acciones a que se refieren aquellas normas.

Huelga señalar que la intimación a que se refiere el art. 193 segundo párrafo de la ley 19.550 debe efectuarse en forma fehaciente y dirigida al domicilio que el accionista tiene constituido en la sociedad, al firmar el contrato de suscripción de acciones previsto por el art. 186 de la ley 19.550 o aquel previsto en el estatuto original. En cuanto al plazo de la intimación, si bien la ley prevé un plazo máximo de treinta días, éste puede ser reducido al que resuelva el directorio, al momento de tener que adoptar una decisión concreta sobre el particular, pero dicho plazo no puede ser tan breve que aleje al deudor de toda posibilidad de satisfacer la deuda, pues la idea del legislador, al establecer este procedimiento, radica en la posibilidad de que el suscriptor moroso cumpla con sus obligaciones pendientes.

Si la sociedad no opta por la vía del remate público para la ejecución de los derechos de suscripción correspondientes en mora, aquella podrá ofrecerlas a sus accionistas, a través del mecanismo previsto por el art. 194 de la ley 19.550 o cancelarlas definitivamente, para lo cual deberá reducir el capital social, recurriendo al procedimiento previsto por el art. 203 de la ley de sociedades.

Finalmente, los procedimientos previstos por los arts. 192 y 193 de la ley 19.550 son de aplicación tanto para los casos de mora en la integración de los aportes originales como en la hipótesis de mora en la integración de acciones emitidas como consecuencia de aumentos del capital social con efectivos desembolsos dinerarios, resueltos durante la vida de la sociedad.

Art. 194.—

Suscripción preferente. Las acciones ordinarias, sean de voto simple o plural, otorgan a su titular el derecho preferente a la suscripción de nuevas acciones de la misma clase en proporción a las que posea, excepto en el caso del

art. 216, último párrafo; también otorgan derecho de acrecer en proporción a las acciones que hayan suscripto en cada oportunidad.

Cuando con la conformidad de las distintas clases de acciones expresadas en la forma establecida en el art. 250, no se mantenga la proporcionalidad entre ellas, sus titulares se considerarán integrantes de una sola clase para el ejercicio del derecho de preferencia.

Ofrecimiento a los accionistas. La sociedad hará el ofrecimiento a los accionistas mediante avisos por 3 días en el diario de publicaciones legales y además en uno de los diarios de mayor circulación general en toda la República cuando se tratare de sociedades comprendidas en el art. 299.

Plazo de ejercicio. Los accionistas podrán ejercer su derecho de opción dentro de los 30 días siguientes al de la última publicación si los estatutos no establecieran un plazo mayor (párrafo según ley 24.435, art. 1º).

Tratándose de sociedades que hagan oferta pública, la asamblea extraordinaria podrá reducir este plazo hasta un mínimo de diez (10) días, tanto para sus acciones como para debentures convertibles en acciones (párrafo según ley 24.435, art. 1º).

Debentures convertibles en acciones. Los accionistas tendrán también derecho preferente a la suscripción de debentures convertibles en acciones.

Limitación. Extensión. Los derechos que este artículo reconoce no pueden ser suprimidos o condicionados, salvo lo dispuesto en el art. 197, y pueden ser extendidos por el estatuto o resolución de la asamblea que disponga la emisión a las acciones preferidas. [Texto según ley 22.903].

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 160, 189, 195 a 197, 245. Resolución general IGJ 7/2015, art. 116. LSC Uruguay: arts. 326 a 328.

§ 1. El derecho de preferencia. Concepto y finalidad

Como acertadamente ha sido sostenido⁽⁹²⁶⁾, varias son las disposiciones de la ley 19.550 que tienden a asegurar la posición del accionista dentro de la sociedad, a los fines de evitar que una decisión asamblearia modifique su participación societaria.

Estas disposiciones se encuentran en los arts. 189, 194, 202 y 245 de la ley 19.550. Por su parte, la Inspección General de Justicia, por medio de la resolución general 25/2004, y receptada por las resoluciones generales 7/2005 y 7/2015, la cual, en su art. 105 consagra otra solución tendiente a evitar la licuación de tenencias accionarias, obligando a la sociedad a capitalizar los saldos de las cuentas de capital existentes en el patrimonio neto que permitan su emisión (art. 189 de la ley 19.550), con carácter previo al acuerdo adoptado por la asamblea que requiera nuevos desembolsos a los accionistas, disponiendo al respecto que la emisión de las acciones liberadas debe ser decidida en la misma asamblea aprobatoria del aumento efectivo o en asamblea anterior, incluyéndosela como un punto especial del orden del día y que el aumento efectivo del capital social debe tener como base la cifra de capital re-expresado inmediatamente consecuente con la emisión de las acciones liberadas.

El art. 189 de la ley 19.550, como hemos visto, obliga a respetar la proporción que tiene cada socio, cuando la sociedad entrega acciones liberadas o totalmente integradas como consecuencia de la capitalización de cuentas del balance. Por su parte, el art. 194 dispone, para los casos de aumento de capital con nuevas aportaciones o efectivos desembolsos, que las acciones emitidas deben ser ofrecidas con prioridad a los accionistas, a los fines de evitar que por la incidencia de las nuevas acciones emitidas, se opere una disminución en la influencia del accionista en la sociedad, siquiera sea para el ejercicio de los derechos de la minoría⁽⁹²⁷⁾. Finalmente, el art. 202 admite la emisión de acciones con prima o sobreprecio, con lo cual se tiende a equiparar la situación de los nuevos socios con la posición de los antiguos accionistas en relación con las reservas acumuladas y las inversiones beneficiosas hechas por la sociedad antes del aumento del capital social⁽⁹²⁸⁾. A la prima de emisión nos abocaremos al analizar el art. 202.

El derecho de preferencia ha sido definido como el derecho patrimonial del accionista que tiende al mantenimiento de sus derechos de participación societaria en la proporción existente al tiempo en que se decide una nueva emisión de

acciones⁽⁹²⁹⁾. Como bien sostiene Kenny, el derecho en análisis tiende a custodiar los derechos económicos del accionista, al evitar la dilución patrimonial que implica todo aumento del capital por nuevos aportes, y los derechos políticos del mismo, conservando el poder de voto en la asamblea y el pleno derecho de información sobre la gestión societaria⁽⁹³⁰⁾.

El derecho de preferencia confirma, una vez más, la importancia que reviste la participación del socio en una sociedad comercial, en especial en una sociedad anónima, pues dicha participación determina, en muchos casos, la mayor o menor intensidad de sus derechos (arts. 107, 236, 263, 275, 294, 301 de la ley 19.550). Lógico es, entonces, la preocupación del legislador en otorgar a los socios los mecanismos adecuados para conservar la misma proporción entre el valor de sus acciones y el capital social, frente a una decisión asamblearia que resuelva incrementar el mismo.

El art. 194 de la ley 19.550, confirma una vez más que el grado de participación de cada accionista en la sociedad constituye un elemento fundamental que debe tenerse en cuenta a los fines de la adquisición del carácter de socio, ya sea en el acto fundacional o posteriormente, y por ello, frente a las alternativas que pueden, durante la vida de la sociedad, alterar esa proporción, como lo constituyen las decisiones asamblearias que resuelven el aumento del capital social con efectiva suscripción e integración de las acciones que se emitan, el legislador ha previsto al derecho de preferencia como mecanismo adecuado para que la participación del accionista no quede reducida hasta límites que pueden hasta impedirle el ejercicio de derechos esenciales.

Pero el derecho preferencia no agota la protección del accionista frente a la emisión de nuevas acciones, sino que este puede, cuando no cuenta con los medios para mantener su participación —o no quisiera hacerlo—, con la posibilidad de ejercer el derecho de receso, votando en contra de la decisión asamblearia de aumentar el capital social, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que, frente a tal alternativa, prevé el art. 245 de la ley 19.550; esto es, que como consecuencia del aumento del capital social, este supere el quíntuplo de su valor y la integración de las acciones se lleve a cabo mediante efectivos desembolsos dinerarios.

Como sucede con otros derechos esenciales de los accionistas (derecho de receso, impugnación de acuerdos asamblearios, voto acumulativo, acciones de responsabilidad, etc.), que la ley 19.550, con discutible técnica legislativa, los ha regulado en la sección dedicada a las sociedades anónimas, el derecho de preferencia no es privilegio exclusivo de quienes integran este tipo de sociedades, pues el fundamento que lo inspira no permite diferencias según el tipo societario de que se trate. El art. 160, párrafo 5º de la ley 19.550 confirma lo expuesto, cuando, legislando sobre el régimen de mayorías en las sociedades de responsabilidad limitada, prevé que los socios que votaron en contra de un aumento del capital social, tienen derecho a suscribir cuotas proporcionalmente a su participación social.

§ 2. Titulares del ejercicio del derecho de preferencia

A diferencia del texto anterior del art. 194 de la ley 19.550, la ley 22.903 ha admitido el derecho de preferencia para los titulares de acciones preferidas, cuya exclusión había sido objeto de justas críticas pues nada justificaba el tratamiento diferencial que aquella disposición prescribía, otorgando el mencionado derecho a los titulares de acciones ordinarias y limitándolo a los titulares de acciones preferidas al único supuesto en que el estatuto lo autorizaba, pues las razones que determinan el derecho a suscribir preferentemente las nuevas emisiones de acciones, permitiendo mantener a los accionistas su situación anterior al aumento de capital son idénticas para los titulares de acciones preferidas. Obsérvese al respecto que el art. 189 de la ley de sociedades comerciales no efectúa semejante distinción entre unas y otras acciones, limitándose a disponer el respecto de la proporción de cada accionista en la capitalización de reservas, utilidades o cualquier otro procedimiento por el que deben entregarse aquellas acciones liberadas. No se advertía, en consecuencia, cuál era razón para proteger a los titulares de acciones preferidas cuando el aumento de capital era sin nuevas aportaciones y dejarlos desprotegidos cuando el aumento implicaba un nuevo desembolso dinerario⁽⁹³¹⁾.

El nuevo texto del art. 194 ha aclarado la cuestión, extendiendo el derecho de preferencia a los titulares de acciones preferidas, no sólo por expresa mención del estatuto —única hipótesis prevista por el art. 194 derogado por la ley 22.903—, sino también por vía de resolución asamblearia, para el supuesto de que contractualmente nada se hubiera previsto, lo cual evita, obviamente, la previa reforma del estatuto.

§ 3. El derecho de acrecer

El art. 194, párrafo 1º de la ley 19.550 consagra otro derecho esencial del accionista, que se encuentra íntimamente ligado al ejercicio del derecho de preferencia. Me refiero al derecho de acrecer, que otorga al accionista que ha ejercido aquel derecho, la facultad de suscribir las acciones que hubiese correspondido hacerlo a otro accionista que no ha manifestado su opción en suscribirlas al ejercer su derecho de preferencia.

Si bien ambos derechos se encuentran íntimamente relacionados, pues ellos son derechos de ejercicio simultáneo frente a la emisión de nuevas acciones por consecuencia de un aumento del capital con nuevos aportes, el fundamento de uno y otro derecho es diferente: el derecho de preferencia tiende a resguardar la participación del accionista, erigiendo a la misma como dato fundamental y determinante para el ingreso del socio en la sociedad, mientras que el derecho de acrecer tiende a mantener el mismo elenco de socios, evitando el ingreso de terceros a la sociedad, quienes sólo podrán suscribir las nuevas acciones una vez que los accionistas existentes al momento de la emisión no hayan hecho uso o renunciado a los derechos previstos por el primer párrafo del art. 94 de la ley 19.550.

El legislador, en referencia al ejercicio del derecho de acrecer, ha reformado el primer párrafo del art. 194, y aclarando su redacción original, ha establecido que ese derecho debe ejercerse "en proporción a las acciones que se haya n suscripto en cada oportunidad", y no "en proporción a las acciones que los mismos posean", como rezaba el texto anterior, previendo no solo el hecho de que los títulos no hayan sido emitidos, sino fundamentalmente para incluir dentro del ejercicio del derecho de acrecer a las acciones que hayan sido suscriptas como consecuencia del ejercicio del derecho de preferencia con respecto a la misma emisión de acciones.

§ 4. Normas de protección a los derechos de preferencia y de acrecer

Como sucede con todos los derechos inderogables de los accionistas, el legislador ha incorporado en el texto del art. 194 de la ley 19.550 varias disposiciones que tienden a proteger los derechos previstos en el mismo.

En primer lugar, el último párrafo de la disposición en análisis, establece que: "Los derechos que este artículo reconoce no pueden ser suprimidos o condicionados, salvo lo dispuesto en el art. 197", el cual prevé distintos supuestos en los cuales, en beneficio del interés social, el derecho de preferencia y de acrecer pueden ser dejados de lado, siempre bajo ciertas y determinadas circunstancias, como será objeto especial de análisis.

En consecuencia, toda decisión asamblearia que tienda a suprimir este derecho o reglamentarlo de manera tal que no cumpla los fines previstos por el legislador, deberá ser considerada nula, de nulidad absoluta, por afectar el orden público comprometido, que no es otro que el de alentar la constitución de sociedades, como instrumento concentrador de capitales para el desarrollo de actividades empresarias; garantizar el ejercicio de ciertos derechos que aseguren la participación de quienes han optado por invertir en la constitución de una sociedad comercial; y evitar finalmente que los derechos de los accionistas —y eventualmente de sus herederos— sean menoscabados y disminuidos mediante una maniobra del grupo mayoritario, puesta en ejecución con fines cuanto menos extrasocietarios.

En segundo lugar, el legislador ha contemplado el interés de los accionistas titulares de una determinada clase de acciones, cuyos derechos podrían afectarse, para el caso de que una resolución asamblearia, adoptada en los términos del art. 250 de la ley 19.550, resuelva una emisión de acciones sin respeto a la proporcionalidad entre las diversas categorías accionarias. En tal caso y con tal fin, el segundo párrafo establece que a todas las acciones se las considerará integrantes de una sola categoría a los fines del ejercicio del derecho de preferencia, dando entrada a los socios en la suscripción de acciones de categoría distinta, cuando no es posible mantener la posición de que gozaban anteriormente dentro de la sociedad.

Por último, el quinto párrafo del art. 194 contempla la situación de la suscripción de debentures convertibles en acciones, que, por constituir un aumento potencial del capital social, justifica que los accionistas gocen del derecho de suscripción preferente para la adquisición de tales instrumentos.

Esa norma se encuentra ratificada por el art. 11 de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables que textualmente dispone que: "Los accionistas que tengan derecho de preferencia y de acrecer en la suscripción de nuevas acciones, pueden ejercerlo en la suscripción de obligaciones convertibles".

§ 5. Plazo y condiciones para el ejercicio de los derechos de preferencia y de acrecer

Resuelto por el órgano de gobierno de la sociedad el aumento del capital, y autorizada en ese mismo acto la emisión de las acciones correspondientes, la cual puede ser delegada en el directorio, como lo predica el art. 235, inc. 1º de la ley 19.550 para un momento posterior, el directorio debe publicar por tres días un aviso en el Boletín Oficial —y en otro diario de amplia circulación en la República, tratándose de las sociedades comprendidas en el art. 299 —, invitando a los accionistas a ejercer el derecho de preferencia, quienes gozan, a tal efecto, de un plazo de treinta días, a contar desde la última publicación.

El plazo de treinta días previsto por el art. 194, párrafo 4º de la ley 19.550, puede ser objeto de ampliación, mediando disposición estatutaria especialmente prevista, pero no reducido. La ley 19.550 es categórica sobre ese punto.

Este término, sin embargo, puede ser reducido para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones. En tal sentido, la ley 24.435 incorporó un nuevo párrafo al art. 194 de la ley 19.550, prescribiendo que en esta clase de sociedades anónimas, la asamblea extraordinaria podrá reducir el plazo de 30 días, hasta un mínimo de 10 días, tanto para sus acciones como para debentures convertibles en acciones, recogiendo de alguna manera una resolución general de 1992 dictada por la Comisión Nacional de Valores (resolución general 203/1992 del 26 de mayo de 1992) que autorizaba a las sociedades cotizantes a reducir hasta un mínimo de cinco días el plazo fijado en el art. 194 de la ley 19.550, para el ejercicio de los derechos de preferencia y de acrecer, lo cual constituía a nuestro juicio un plazo excesivamente reducido que no se compadece con las intenciones del legislador de nuestro ordenamiento societario al consagrar los referidos derechos⁽⁹³²⁾.

La ley 19.550 no exige una nueva publicación para el ejercicio del derecho de acrecer, y, a pesar de la omisión que hace el cuarto párrafo del art. 194 al ejercicio de este derecho, consideramos que el mismo debe ser efectuado por el accionista en oportunidad de ejercer su derecho de opción.

Vencido dicho plazo, el directorio debe dejar constancia en reunión de ese órgano, sobre los accionistas que han ejercido los derechos contemplados por el art. 194, a los efectos de la elaboración y firma del contrato de suscripción a que hace referencia el art. 186, in fine de la ley 19.550, debiendo recordarse que dicho contrato no es de necesaria formalización, sino que es exigido por el legislador como medio de prueba de la suscripción e integración de las nuevas acciones emitidas, pues nada obsta a que esa suscripción e integración pueda ser acreditada con la posesión de los títulos correspondientes.

Art. 195.—

Acción judicial del accionista perjudicado. El accionista a quien la sociedad prive del derecho de suscripción preferente, puede exigir judicialmente que ésta cancele las suscripciones que le hubieren correspondido.

Resarcimiento. Si por tratarse de acciones entregadas no puede procederse a la cancelación prevista, el accionista perjudicado tendrá derecho a que la sociedad y los directores solidariamente le indemnicen los daños causados. La indemnización en ningún caso será inferior al triple del valor nominal de las acciones que hubiera podido suscribir conforme al art. 194 computándose el monto de la misma en moneda constante desde la emisión. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 194, 196, 197. Resolución general IGJ 7/2015, art. 116. LSC Uruguay: art. 329.

Art. 196.—

Plazo para ejercerla. Las acciones del artículo anterior deben ser promovidas en el término de 6 meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción.

Titulares. Las acciones pueden ser intentadas por el accionista perjudicado o cualquiera de los directores o síndicos.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 251, 254, 274, 284, 294, 296, 297. LSC Uruguay: art. 329.

§ 1. Violación al derecho de preferencia. Acción judicial

Los arts. 195 y 196 de la ley 19.550 contemplan la acción judicial del accionista perjudicado en el derecho de suscripción preferente, puntualizando los sujetos legitimados, el plazo para ejercerla y el valor de los daños y perjuicios en el supuesto de que esta suscripción, por haberse ya ejecutado, no puede ser dejada sin efecto.

La ley otorga legitimación en primer lugar al accionista perjudicado para demandar judicialmente la cancelación de la suscripción que hubiera correspondido en caso de haber ejercido el derecho otorgado por el art. 194; en otras palabras, la norma del art. 195 supone la ejecución por la sociedad del aumento de capital, contraviniendo el derecho de preferencia designado por aquella disposición legal.

Ello explica que el párrafo 2º del art. 195 contemple el supuesto de resultar imposible la cancelación entendida, por haber sido ya entregados los certificados o acciones correspondientes a otros accionistas o terceros de buena fe. En ese caso, el accionista perjudicado tendrá derecho a que la sociedad y los directores, en forma solidaria, lo indemnicen por los daños causados, reparación que en ningún caso puede ser inferior al triple del valor nominal de las acciones que hubiera podido suscribir aquel computándose el monto de las mismas en moneda constante desde su emisión, disposición que concuerda con el último párrafo del art. 62, al cual hemos hecho ya referencia.

Recordemos al respecto que esa indemnización debe ser fijada por el juez de la causa, apreciando los daños ocasionados y estimando su monto de conformidad a las circunstancias de cada caso. La indemnización señalada por el legislador actúa como límite mínimo, y en tal sentido la ley ha sido clara al sostener que "en ningún caso" esa reparación será inferior al triple del valor nominal de las acciones, computado su monto a valores constantes.

La acción judicial prevista por el art. 195, párrafo 2º de la ley 19.550, supone la total ejecución del aumento del capital social y por ello la misma no descarta la acción de impugnación del acuerdo asambleario que resolviera esa modificación estatutaria o decisión del directorio que dispusiera la correspondiente emisión, cuando de esos actos sociales surja la violación al derecho de preferencia. Esta conclusión se impone, a pesar de la deficiente redacción del primer párrafo del art. 195, pues no podría admitirse que un acuerdo asambleario de ese tipo pudiera ser obligatorio y de cumplimiento forzoso para los directores (arts. 233 y 251 a 254 de la ley 19.550).

Con otras palabras: si el derecho de preferencia ha sido violado a través de la misma decisión asamblearia o acuerdo del directorio que resuelve la emisión irregular, así como por actos del directorio tendientes a frustrar ese derecho, ellos pueden ser atacados de nulidad, por imperio de lo dispuesto por los arts. 383 del Código Civil y Comercial de la Nación y 251 a 254 de la ley 19.550. Por el contrario, si la etapa ejecutoria del aumento del capital social ya ha concluido, al haberse entregado a los suscriptores las acciones emitidas, la nulidad del procedimiento sólo será viable si estos han adquirido los títulos de mala fe, la cual debe presumirse si los vicios o irregularidades que afectan el acuerdo asambleario o en el cual se resolvió el aumento del capital social o la decisión del directorio que dispuso la emisión de acciones surgen de la violación de normas legales o estatutarias. De lo contrario, al accionista afectado sólo le cabe iniciar la acción resarcitoria prevista por el art. 195, párrafo 2º de la ley 19.550.

§ 2. Características de las acciones judiciales previstas por el art. 195 de la ley 19.550

En cuanto a la acción de cancelación de las suscripciones prevista por el primer párrafo del art. 195 de la ley 19.550, deben distinguirse varios supuestos:

a) Si la violación al derecho de preferencia surge directamente de la decisión asamblearia que resolvió el aumento del capital social y la emisión de acciones, la legitimación activa pertenece a los sujetos autorizados por el art. 251 de la ley 19.550, y pueden ser demandados por responsabilidad aquellas personas incluidas en el primer párrafo del art. 254 del mismo ordenamiento legal.

b) Si han sido los administradores quienes han frustrado el ejercicio del derecho de preferencia de determinados accionistas, la acción de nulidad corresponde al accionista perjudicado, a los directores que no han participado en aquellos actos y a los integrantes del órgano de fiscalización. La responsabilidad solidaria por los perjuicios causados al accionista corresponden a la sociedad y a los directores que han realizado o consentido tal ilegítima actuación.

c) Si las acciones emitidas fueron entregadas a terceros o accionistas de mala fe, estos deberán ser necesariamente incluidos, como sujetos pasivos, en la demanda de cancelación o nulidad, según el caso.

En cuanto a la acción resarcitoria prevista por el art. 195, párrafo 2º de la ley 19.550, la misma sólo puede ser intentada por el accionista perjudicado, contra la sociedad, los directores y síndicos, quienes responderán en forma solidaria e ilimitada. Cabe señalar que si bien el art. 195, párrafo 2º, no incluye a la sindicatura y consejo de vigilancia dentro de los sujetos responsables, no corresponde eximir a sus integrantes de tal responsabilidad, por simple aplicación de lo dispuesto por el art. 297 del ordenamiento societario.

En cuanto al plazo para interponer las acciones previstas por el art. 195, esto es, cancelación de la emisión irregular de acciones o la promoción de las demandas resarcitorias, el primer párrafo del art. 196 de la ley 19.550, establece que las mismas deben ser promovidas en el término de seis meses a partir del vencimiento del plazo de suscripción.

Se trata, atento las características de dicha acción, de un típico supuesto de prescripción, pues la norma se refiere a la promoción de la misma y no a la extinción del derecho, como lo hace en otras oportunidades (art. 91, párrafo 3º).

No coincidimos con el legislador en cuanto a la brevedad del plazo establecido, pues este podría justificarse, de alguna manera, en lo que respecta a la acción de cancelación o nulidad de la emisión irregular de acciones, a los fines de dar seguridad y firmeza a las relaciones societarias, pero no encuentro motivo que explique tal perentoriedad cuando se trata de las acciones resarcitorias, y nada justifica apartarse del plazo común quinquenal previsto por el art. 2560 del Código Civil y Comercial de la Nación

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. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 194, 235, 246; ley 19.551: arts. 42, 224. Resolución general IGI 7/2015, art. 116. LSC Uruguay: art. 330.

§ 1. Limitación al derecho de preferencia. Diversos supuestos

El derecho de preferencia que consagra el art. 194 de la ley 19.550, sólo puede ser dejado de lado en determinadas oportunidades, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en el art. 197.

En primer término, debe mediar una decisión de asamblea extraordinaria de accionistas, incluyéndose el apartamiento del derecho de preferencia como uno de los puntos del orden del día.

En segundo lugar, la limitación o suspensión del derecho de suscripción preferente debe ser resuelto exclusivamente en casos particulares y cuando el interés de la sociedad así lo exige.

Finalmente, la emisión de acciones sin derecho de preferencia debe obedecer a la integración por uno o más accionistas de aportes en especie o dados en pago por obligaciones preexistentes, capitalizándose créditos de accionistas o terceros.

La exclusión del derecho de preferencia puede encontrarse limitado a determinados porcentajes de acciones a suscribirse, manteniendo el saldo en las condiciones previstas en el art. 194 en análisis. Decidida la suspensión con los requisitos ya vistos, y sin perjuicio de referirse a casos concretos, la asamblea debe indicar quién o quiénes suscribirán el aumento así dispuesto.

El remedio previsto por el art. 197 de la ley 19.550 debe ser considerado como excepcional y sólo aplicable a supuestos que deben ser apreciados con reservas. La ley exige acertadamente que la excepción prevista por el art. 197 solo puede ser puesta en funcionamiento cuando el interés de la sociedad así lo requiera, evitándose de ese modo que un grupo minoritario de accionistas pueda verse privado del derecho de preferencia al decidir, en una asamblea extraordinaria, la capitalización de créditos adeudados por la sociedad, en interés exclusivo del grupo controlante, que lo utiliza para satisfacer su propio interés o para perjudicar a la minoría⁽⁹³³⁾.

Como ejemplo de la restricción que debe apreciarse para la procedencia de excepcional remedio previsto por el art. 197 de la ley 19.550, corresponde recordar la doctrina del fallo emanado de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, de fecha 29 de mayo de 1979, en los autos caratulados "Suixtil SA c/ Comisión Nacional de Valores", en donde se predicó la inadmisibilidad de la limitación del derecho de preferencia, cuando se pretende sanear el estado financiero de la sociedad con la capitalización del pasivo, si la cancelación puede obtenerse con la suscripción e integración del aumento del capital social por los accionistas existentes, solución impecable desde todo punto de vista, que exime de mayores comentarios.

Los supuestos previstos por el art. 197, inc. 2º de la ley 19.550 no agotan los casos de limitación al ejercicio del derecho de preferencia, pues a pesar del silencio que exhibe dicha norma, también puede quedar afectado dicho derecho en el supuesto de fusión por absorción, en el cual las acciones emitidas por la sociedad absorbente son entregadas a los accionistas de la absorbida o fusionada⁽⁹³⁴⁾.

Por su parte, el art. 43 de la ley 24.522 contempla también un supuesto práctico de limitación al derecho de preferencia, comprendido sin dudas en el inc. 2º del art. 197 de la ley 19.550, cuando acepta, como contenido de la propuesta de acuerdo preventivo, la cancelación del pasivo concursal por compensación o capitalización de las acreencias verificadas.

En cuanto a la tan difundida práctica del llamado "aporte irrevocable a cuenta de futuras emisiones de acciones", no constituye de manera alguna un supuesto incluido dentro del art. 197 de la ley 19.550, pues no se trata de una obligación preexistente que se encuentra registrada en el pasivo del balance de la sociedad, lo cual parecería ser el sustento de dicha norma, sino de una entrega de fondos con destino a su futura capitalización. De modo que, como hemos explicado, cuando la sociedad decide aumentar el capital social, dicho "aporte" debe ser computado a los fines la integración de las acciones suscriptas por el dador del mismo, en oportunidad de ejercer el derecho de preferencia previsto por el art. 194 de la ley 19.550, derecho que, como hemos explicado, también corresponde ejercer a los restantes accionistas de la sociedad.

§ 2. La limitación del derecho de preferencia y el derecho de receso

Es de toda evidencia concluir que la decisión de la asamblea extraordinaria de limitar el derecho de preferencia frente a los casos excepcionales autorizados por el art. 197 de la ley 19.550, otorga a los accionistas que han votado en contra de ese acuerdo, el derecho de receso previsto por el art. 245 del mismo ordenamiento legal, en tanto su permanencia en la sociedad se vería afectada por la disminución de su participación social impuesta obligatoriamente por una decisión mayoritaria que, por ende, no es el de la totalidad de los integrantes de la sociedad⁽⁹³⁵⁾. Valen al respecto, los mismos

fundamentos que apoyan la procedencia del derecho de receso frente al aumento del capital social, autorizado por el art. 245 de la ley 19.550.

Art. 198.—

Aumento del capital. Oferta pública. El aumento del capital podrá realizarse por oferta pública de acciones.

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 199 a 201. LSC Uruguay: art. 286.

Art. 199.—

Sanción de nulidad. Las emisiones de acciones realizadas en violación del régimen de oferta pública son nulas.

Inoponibilidad de derechos. Los títulos o certificados emitidos en consecuencia y los derechos emergentes de los mismos son inoponibles a la sociedad, socios y terceros. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 198, 200, 201.

Art. 200.—

Acción de nulidad. Ejercicio. Los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos son solidaria e ilimitadamente responsables por los daños que se originaren a la sociedad y a los accionistas por las emisiones hechas en violación del régimen de la oferta pública.

El suscriptor podrá demandar la nulidad de la suscripción y exigir solidariamente a la sociedad, los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos el resarcimiento de los daños. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 198, 199, 201.

Art. 201.—

Información. La sociedad comunicará a la autoridad de control y al Registro Público de Comercio la suscripción del aumento de capital, a efectos de su registro. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: 198 a 200. LSC Uruguay: art. 289.

§ 1. Aumento del capital social por oferta pública

El art. 198 de la ley 19.550, autoriza el aumento del capital social por oferta pública, el cual debe ser realizado de conformidad a las normas que regulan la misma (ley 17.811), requiriendo la autorización de la Comisión Nacional de Valores.

El incumplimiento de las normas que regulan la oferta pública torna nula la emisión dispuesta por el art. 198 de la ley 19.550, en cuyo caso el o los suscriptores perjudicados pueden exigir a la sociedad, a los directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, el resarcimiento de los daños ocasionados, sin perjuicio de la responsabilidad personal y solidaria de los miembros de los órganos de administración y fiscalización por todas las consecuencias que se sigan de la violación de las normas sobre oferta pública, que no se circunscribirán a las resultantes del juicio que puedan promover los suscriptores, sino también por las sanciones que imponga la Comisión Nacional de Valores, e incluso las que resulten del retiro de la cotización.

Debe aclararse que la ley 22.903, que reformó la ley 19.550, modificó en esta materia la redacción anterior del art. 199, que se refería a la nulidad de la oferta pública cuando, estrictamente hablando, lo que resulta objeto de anulación es la emisión de acciones correspondiente. Dicha nulidad no queda subsanada ni convalidada por la entrega de títulos a terceros, aun cuando estos fueran de buena fe, pues el párrafo 2º del art. 199 es categórico al prescribir la inoponibilidad de los títulos o certificados emitidos como consecuencia de una violación al régimen de oferta pública, así como los derechos emergentes de los mismos que, se repite, no pueden ser invocados a la sociedad, socios o terceros.

En consecuencia, resulta inaplicable, para el supuesto de violación al régimen de oferta pública, la solución prevista por el art. 195, párrafo 2º, y en tal hipótesis, el suscriptor podrá demandar la nulidad de la suscripción y exigir a la sociedad, en forma solidaria con sus directores, miembros del consejo de vigilancia y síndicos, el resarcimiento de los daños ocasionados, de conformidad con lo expuesto por el art. 200 de la ley 19.550, en su actual redacción.

Debe recordarse asimismo, que la oferta pública de las acciones como consecuencia del aumento de capital del ente emisor no implica dejar sin efecto el derecho de preferencia consagrado por el art. 197, pues sólo deben ser objeto de ofrecimiento aquellas acciones que no fueron suscriptas por los accionistas a través de los procedimientos establecidos por el artículo citado.

Finalmente, y con fines exclusivamente informativos la ley 22.903 ha dispuesto que la sociedad deberá hacer saber la suscripción de cada aumento de capital no sólo a la autoridad de control sino también al Registro Público de Comercio, a efectos de su mera anotación.

Art. 202.—

Emisión bajo la par. Prohibición. Emisión con prima. Es nula la emisión de acciones bajo la par, excepto en el supuesto de la ley 19.060.

Se podrá emitir con prima que fijará la asamblea extraordinaria, conservando la igualdad en cada emisión. En las sociedades autorizadas para hacer oferta pública de sus acciones la decisión será adoptada por asamblea ordinaria la que podrá delegar en el directorio la facultad de fijar la prima, dentro de los límites que deberá establecer.

El saldo que arroje el importe de la prima, descontados los gastos de emisión, integra una reserva especial. Es distribuible con los requisitos de los arts. 203 y 204. [Texto según ley 22.686]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 53, 195, 197, 203, 334; ley 19.060. Resolución general IGJ 7/2015, art. 107, 108 y 153. LSC Uruguay: art. 297.

§ 1. Emisión bajo la par. Fundamento de la prohibición

Análogamente al supuesto previsto por el art. 53, último párrafo de la ley 19.550, que prohíbe la aportación de bienes no dinerarios por un valor superior a su valuación, el legislador, fundado en la protección de la intangibilidad del capital social, veda la emisión de acciones bajo la par, es decir, por debajo del valor nominal actualizado de las mismas.

El fundamento de la prohibición reside en que su admisión significaría la incorporación de aportes por debajo del capital emitido, afectándose de esa manera la garantía de los acreedores de la sociedad. El art. 202 de la ley 19.550 es terminante en la prohibición, sancionando con la nulidad la emisión de acciones en tales condiciones, nulidad que, por obviedad debe ser considerada como absoluta, atento los intereses que se encuentran en juego y que trasciende la órbita interna de la sociedad.

El art. 334 de la ley 19.550, ratifica lo expuesto cuando autoriza la emisión de debentures convertibles en acciones, la cual "no podrá ejecutarse en desmedro de la integridad del capital social", lo cual significa que el contrato de emisión debe prever el procedimiento de integración de la diferencia, a la época de hacer efectiva la conversión, por ejemplo, exigiendo la integración por los debenturistas.

El artículo en análisis deja a salvo de la prohibición el supuesto previsto por la ley 19.060 (reformado por la ley 20.643), que en su art. 1º autoriza a las sociedades que cotizan en Bolsa a emitir acciones por debajo de su valor nominal, a integrar en efectivo. La emisión en este caso debe ser resuelta por la asamblea de accionistas, a propuesta del directorio, con un quórum del 50% del capital suscrito, otorgando a cada acción un voto, aunque bueno es aclarar que esta disposición legal no implica en realidad una verdadera excepción a la norma prohibitiva del art. 202, pues la ley 19.060 prevé que la diferencia entre el valor de la integración y el valor de las acciones se cubrirá con reservas, con lo cual el principio de la intangibilidad del capital social no es alterado.

§ 2. Emisión de acciones con prima

El segundo párrafo del art. 202 refiere a la emisión de acciones con prima, que supone, además del desembolso del valor de emisión de las acciones, una aportación suplementaria a cargo de quienes suscriban las mismas.

El interés tutelado por el instituto de la prima de emisión es el de evitar que los terceros que se incorporan como consecuencia de un aumento del capital social, se encuentren favorecidos por el mayor valor de la acción, reflejado en el patrimonio neto de la sociedad, donde se encuentran asentadas las reservas, actualizaciones del capital, aportes irrevocables y los resultados acumulados de anteriores ejercicios, constituyendo un enriquecimiento ilícito para aquellos suscribir las mismas a su valor nominal. Por tales fundamentos, ha sido dicho por nuestros tribunales comerciales que el interés jurídico tutelado por el instituto de la prima no se encuentra afectado cuando el aumento de capital no ha sido suscrito por un extraño, sino por uno de los accionistas preexistentes, que optó por suscribir preferentemente las nuevas acciones⁽⁹³⁶⁾.

La prima de emisión evita en consecuencia, que los nuevos accionistas se beneficien en detrimento de los anteriores, del mayor valor que tiene el patrimonio social por sobre la cifra del capital⁽⁹³⁷⁾, pues el sobreprecio disminuye el daño económico que la emisión de nuevas acciones ocasiona a los antiguos accionistas, exigiéndose a los suscriptores, sobre el valor de emisión, una cantidad equivalente a la plusvalía de las acciones viejas⁽⁹³⁸⁾.

Para la validez de la emisión de acciones con prima, la ley 19.550 exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Su fijación depende de una decisión adoptada en asamblea extraordinaria, aun cuando el aumento del capital que origina esa emisión no sobrepase su quintuplo y,

b) La conservación de la igualdad del sobreprecio en cada emisión, el cual no podrá ser modificado.

Para las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones, los requisitos son menos severos, pues de conformidad con lo dispuesto por la ley 22.686, que modificó el texto original del art. 202, la decisión de emitir con prima no sólo depende de una asamblea ordinaria, sino que es también delegable en el directorio la fijación de la misma, dentro de los límites que aquella deberá establecer.

La prima, al constituir una aportación suplementaria, no integra el capital social, y consecuentemente no aumenta la participación del accionista en la sociedad. El art. 202 establece al respecto que el saldo que arroje el importe de la prima,

descontados los gastos de emisión, integran una reserva especial, sólo distribuible con los requisitos exigidos por los arts. 203 y 204 de la ley, es decir, resuelta esa distribución por acuerdo asambleario, con informe fundado de la sindicatura y derecho de oposición de los acreedores, lo cual se explica fácilmente si se advierte que la prima integra el patrimonio de la sociedad y que, desde ningún punto de vista puede ser considerado un beneficio ⁽⁹³⁹⁾.

No obstante todo lo expuesto, el propósito del legislador al consagrar la prima de emisión se encuentra obstaculizado por la propia redacción del art. 202 de la ley 19.550, en tanto una interpretación literal de dicha norma (La sociedad "podrá" emitir con prima) puede llevar a la conclusión de que la emisión de acciones con sobreprecio no ha sido impuesta en forma obligatoria, sino como una mera posibilidad, que se agota con la mera exigencia por parte de quien pretenda una emisión de tales características.

Ello constituye una cuestión no definida por la doctrina ni por nuestra jurisprudencia, aunque los más recientes fallos o resoluciones de la autoridad de control, parecen inclinarse en sentido total mente opuesto a la redacción del art. 202 de la ley 19.550, entendiendo que los accionistas tienen derecho a exigir de la sociedad emisora que la emisión se haga con prima, cuando exista una desproporción entre el valor real y nominal de la acción.

Es interesante hacer un racconto de la jurisprudencia dictada sobre la cuestión, para advertir esa disparidad de criterios.

El primer precedente que puede citarse, por la repercusión que tuvo, data del año 1986 y fue dictado en el caso "Augur Sociedad Anónima c/ Sumampa Sociedad Anónima". En este caso la sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial llegó a la conclusión de que la decisión de emitir acciones con prima o sin ella constituye una opción de la sociedad y no de sus accionistas, interpretando literalmente la norma del art. 202 segundo párrafo de la ley 19.550.

Diez años después, el 19 de mayo de 1997, la sala B del mismo tribunal, en el caso "Lurie Jorge A. c/ Poniemman Hermanos SA s/ sumario" y con voto del magistrado Enrique Butty, llegó a la solución exactamente inversa, aportando los siguientes argumentos:

- Del empleo de la locución "se podrá" empleada por el art. 202 de la ley 19.550 no se sigue necesariamente que no exista obligatoriedad para la emisión con prima, pues el carácter forzoso puede venir impuesto en ciertos casos porque la ausencia de sobreprecio vulnera respecto de las acciones anteriores al aumento, la ecuación conmutativa que es de la esencia de las relaciones de naturaleza contractual, como es la societaria, pues de lo contrario se configuraría una hipótesis leonina comprendida en el campo conceptual del art. 13 de la ley 19.550.

- La locución "se podrá" utilizada por el art. 202 de la ley 19.550 no tiende a denotar alternatividad o facultad para elegir libremente acudir al mecanismo de emisión con prima o sin ella; más bien tiende a subrayar la legitimidad de la emisión con prima.

- La obligatoriedad en la emisión de acciones con prima de emisión aparece impuesta no por la letra de la ley, sino por la coherencia del sistema y por operatividad de principios primigenios del derecho privado (arts. 953, 1139 y 1201 del Código Civil, entre otros), por lo que debe acudirse a la emisión con prima siempre que la realidad económica así lo imponga, por existir diferencias entre el patrimonio neto y el capital social.

Posteriormente, la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en el caso "Linmor Consultants Ltd. c/ Catedral Alta Patagonia SA s/ ordinario, Incidente de apelación", dictado el 4 de agosto de 2004, volvió a ratificar la inexistencia de todo derecho, por parte de los accionistas de exigir la emisión de acciones con prima, avalando la doctrina del caso "Augur", sosteniéndose textualmente que la emisión de acciones con sobreprecio o prima está contemplada en la ley 19.550 como una mera posibilidad y no como un derecho, por lo cual no parece que pueda imponerse en forma obligatoria a la sociedad, y si bien existe doctrina que admite la posibilidad que, en algunos supuestos, pueda el accionista minoritario que se encuentre impedido de suscribir las nuevas acciones a prorrata de sus tenencias, exigir que la emisión se haga con prima, ello depende de que se demuestre que el aumento que se realiza carece de razonabilidad, cuando se presume que se hace con el propósito de romper el equilibrio entre los accionistas.

Finalmente, la sala C del mismo tribunal, con diferente composición, en el caso "Block Susana Helena y otros c/ Frigorífico Block Sociedad Anónima s/ sumario", del 4 de marzo de 2005, adhirió a la doctrina del precedente "Laurie", resolviendo la obligatoriedad de la emisión con prima y reproduciendo los argumentos expuestos en dicho precedente.

La Inspección General de Justicia, en resolución general 9/2006 del 6 de octubre de 2006, dictada por el por entonces Inspector General de Justicia, el Dr. Hugo Enrique Rossi, adhirió a este último criterio, que nos parece el acertado,

previéndose expresamente que para la inscripción en el Registro Público de Comercio de resoluciones asamblearias de sociedades por acciones por las cuales se dispongan aumentos de capital de carácter efectivo o con aplicación del art. 197 de la ley 19.550, la Inspección General de Justicia requerirá que el valor de la suscripción de las acciones incluya una prima de emisión en aquellos casos en los cuales el valor de las acciones emitidas con anterioridad al aumento sujeto a inscripción sea superior a su valor nominal. Dicha resolución fue recogida por los arts. 107, 108 y 153 de la resolución general IGJ 7/2015.

Art. 203.—

Reducción voluntaria del capital. La reducción voluntaria del capital deberá ser resuelta por asamblea extraordinaria con informe fundado del síndico, en su caso. [Texto según ley 22.903]

CONCORDANCIAS: LSC: arts. 83, 188, 205, 206, 220, 244; ley 11.867. Resolución general de la Inspección General de Justicia 7/2015, arts. 68, 110, 111 y 153. LSC Uruguay: art. 291.

Art. 204.—

Requisitos para su ejecución. La resolución sobre reducción da a los acreedores el derecho regulado en el art. 83, inc. 2º, y deberá inscribirse previa la publicación que el mismo requiere.

Esta disposición no regirá cuando se opere por amortización de acciones integradas y se realice con ganancias o reservas libres.

§ 1. Reducción del capital social. Concepto

La reducción del capital social consiste en la disminución de la cifra que se le hubiere asignado en el estatuto, al suscribirse al acto constitutivo o posteriormente, al aumentarse dicho capital.

Varias son las causas que pueden determinar la reducción del capital, pero el supuesto más corriente se presenta cuando las pérdidas de la sociedad reducen el patrimonio a un valor inferior al monto de su capital. Independientemente de ello puede acontecer que ese capital resulte excesivo para el ejercicio del objeto social, en cuyo caso nada justifica retener una parte del aporte de los socios que puede serles devuelto, estableciendo al mismo tiempo la correspondencia entre el patrimonio reducido por efecto de la restitución de los aportes y el importe nominal del capital⁽⁹⁴⁰⁾.

La ley 19.550 contempla separadamente ambas hipótesis: los arts. 203 y 204 legislan sobre la reducción voluntaria del capital, y los arts. 205 y 206, sobre la reducción por pérdidas, la cual es obligatoria cuando las mismas insuman las reservas y el cincuenta por ciento del capital.

§ . Reducción voluntaria del capital social

La reducción voluntaria del capital social tiene lugar cuando este ha sido calculado en exceso, o cuando resulta sobreabundante para el giro de las operaciones de la sociedad. Puede también reducirse cuando se restituye a los accionistas gradualmente sus aportaciones o el valor de sus acciones⁽⁹⁴¹⁾.

La reducción del capital social significa siempre un perjuicio para los acreedores de la sociedad, porque disminuye la garantía con que contaban en respaldo de su crédito. Este perjuicio se hace patente cuando la sociedad devuelve las aportaciones a los accionistas o los exonera de completar las mismas.

En ambos casos, la ley 19.550 es rigurosa en cuanto a los requisitos que deben observarse, exigiendo:

a) Decisión de asamblea extraordinaria, con informe de la sindicatura, en su caso. La ley 22.903 ha previsto, reformando al respecto el art. 203 del texto original de la ley 19.550, la nueva modalidad que pueden asumir las sociedades anónimas, en las cuales los accionistas prescindan de la sindicatura, en cuyo caso, el informe a que se refiere el artículo en análisis debe ser obviamente dejado de lado, y los accionistas podrán requerir del director la información que estimen correspondiente (art. 55).

b) Derecho de oposición de los acreedores de la sociedad, quienes ejercerán el mismo en los términos del art. 83, inc. 2º de la ley 19.550, que, como se sabe, remite a las disposiciones de la ley 11.867 de transferencias de fondos de comercio.

El acuerdo asambleario que dispone la reducción del capital social debe ser adoptado con el quórum y mayorías previstas por el art. 244 para las asambleas extraordinarias, debiendo especificar el procedimiento que se empleará para llevar a cabo esa reducción. La asamblea sólo puede delegar en el directorio la ejecución del mismo (art. 188, párrafo 2º de la ley 19.550).

Los procedimientos para lograr la reducción del capital social son variados: pueden restituirse los aportes a los accionistas; renunciar al saldo de integración de los mismos —dividendos pasivos—; amortizar las acciones; adquirir las mismas en los términos del art. 220; rebajar el valor de las acciones, restituyendo a los accionistas la diferencia entre el valor mencionado en la acción y el valor actual o, finalmente, disminuir el número de las mismas, a prorrata entre los tenedores de acciones, respetando, como regla general, la paridad entre todos los accionistas, etcétera.

El primer supuesto es el más sencillo, pues, acordada por la asamblea extraordinaria la reducción del capital, restituyendo total o parcialmente los aportes a los accionistas, la sociedad, contra recibo de los títulos representativos de sus participaciones, entregará a cada accionista la suma que le corresponda en el haber que resulte repartible por efectos de su reducción. Las cantidades percibidas de esta forma —sostiene el profesor español Pérez de la Cruz Blanco— tendrán a todos los efectos el concepto de restitución de aportes y por lo tanto recibirán un tratamiento semejante al que se reservaría a la cuota de liquidación que al socio viene atribuida por efecto de la disolución de la sociedad⁽⁹⁴²⁾.

El excedente de reserva legal, cuando esta se hubiera constituido de conformidad a lo dispuesto por el art. 70 de la ley 19.550, puede ser distribuido entre los socios, destinarlo a los gastos que la operación supone o finalmente mantenerlo en la sociedad, creándose una reserva facultativa, con los requisitos previstos por el segundo párrafo del artículo citado.

Debe tenerse presente que si bien la doctrina llama a este procedimiento restitución de aportes, ello no significa que la sociedad deba entregar a los accionistas los bienes en especie que oportunamente hubieran aportado, pues estos, al ser entregados a la sociedad, han pasado a formar parte del patrimonio de esta, y por vía de reintegro la sociedad no tiene obligación de devolver al socio su propia aportación.

El segundo procedimiento consiste en la liberación de la parte no integrada de las acciones, haciendo la sociedad remisión de las cuotas faltantes para liberar las acciones. La dificultad que ofrece este procedimiento se presenta cuando los accionistas no se hallaran en un estado igualitario de integración de los aportes. Halperin sugiere al respecto dos soluciones: a) restituyendo a los accionistas que han cubierto un mayor importe de las acciones la diferencia correspondiente y, b) llamando previamente a la integración de las acciones y procediendo luego a la restitución.

Pero quizás el método que más dificultades ocasiona en la práctica sea la disminución del número de acciones, procedimiento llamado de "agrupación de acciones", por las fracciones que quedan en poder de los tenedores, cuando el número de acciones de que son titulares no sea múltiplo de la unidad de canje elegida por la sociedad. En ese caso, los titulares de esas fracciones, o peor aún, los accionistas que no posean el número previsto como mínimo para realizar el canje, tendrán que adquirir nuevos títulos para lograr ese múltiplo o desprenderse de los que poseían, en beneficio de los restantes accionistas.

§ 3. La protección de los acreedores sociales

La reducción voluntaria del capital social origina graves perjuicios para los acreedores de la sociedad, por la disminución de la garantía que ello supone, y lógico es compartir el derecho de oposición que la ley 19.550 les otorga, autorizando su ejercicio en tanto no se les haya pagado o garantizado sus acreencias.

El art. 204 de la ley 19.550, en cuanto prescribe la aplicación para la reducción del capital de las disposiciones de la ley 11.867, prevé una forma de publicidad que se considera adecuada por la trascendencia que el acuerdo asambleario puede ocasionar a terceros.

Precisamente, el art. 4º de la ley 11.867 atribuye a los acreedores que se han opuesto al acto, el derecho de exigir que se les pague o garantice debidamente. Este cuerpo legal no diferencia entre acreedores con crédito exigible o sujetos a un plazo no vencido a la fecha de la oposición, los cuales pueden ser satisfechos o garantizados indistintamente, pero si existiera discrepancia en la garantía, se resolverá judicialmente (art. 83 de la ley 19.550).

El derecho de oposición de los acreedores no rige cuando se opere por amortización de acciones integradas, y se realice con ganancias realizadas y líquidas, esto es, cuando no ha mediado decisión de los accionistas, en la correspondiente asamblea ordinaria, de pasarlas a reserva o capitalizarlas, pues de haber ocurrido esto, los derechos de los acreedores a ser desinteresados o garantizados cobra nuevamente vigencia, en tanto dichas sumas pasan a formar parte definitivamente del patrimonio de la sociedad.

§ 4. Registración de la reducción del capital social

Resuelta la reducción del capital social, el art. 204, párrafo 1º de la ley 19.550, dispone la necesaria registración del mismo, una vez cumplidos los trámites de publicidad y oposición previstos por el art. 83, inc. 2º de la ley 19.550.

Art. 205.—

Reducción por pérdidas: requisito. La asamblea extraordinaria puede resolver la reducción del capital en razón de pérdidas sufridas por la sociedad para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio sociales.

Art. 206.—

Reducción obligatoria. La reducción es obligatoria cuando las pérdidas insumen las reservas y el cincuenta por ciento del capital.

§ 1. Reducción del capital social por pérdidas

Los casos de reducción del capital social por pérdidas deben ser considerados bajo dos perspectivas: la reducción voluntaria y la reducción obligatoria. Ambas tienden a conseguir que el capital guarde correspondencia con el conjunto de bienes que conforman el patrimonio social.

La ley exime a la sociedad, para los supuestos de reducción obligatoria, del cumplimiento de los requisitos previstos por el art. 204 —véase Exposición de Motivos—, pues en protección de los acreedores se exige que la reducción no pueda pasar de la suma necesaria para establecer el equilibrio entre la cuenta capital y el patrimonio.

La reducción del capital social por pérdidas es obligatoria cuando la cuantía de las mismas alcance el cincuenta por ciento del capital social y las reservas. Comprobada la pérdida en las condiciones señaladas, el directorio debe convocar a asamblea para que acuerde la reducción obligatoria o decida la disolución de la sociedad por ese motivo (arts. 94 inc. 5º de la ley 19.550) pero la reducción obligatoria o la disolución pueden quedar sin efecto si los socios deciden realizar nuevos aportes reintegrando o aumentando el capital social (art. 96).

Varias son las cuestiones que requieren aclaración:

a) El procedimiento de reducción de capital, en caso de que este obedezca a pérdidas, sólo puede hacerse por reducción del valor nominal de las acciones o disminución del número de estas, pero no por adquisición de las acciones por la sociedad ni, obviamente, por remisión de los dividendos pasivos.

b) La ley 19.550 no fija ningún límite para la reducción del capital, así como tampoco lo establece para el supuesto de disolución por pérdidas. En consecuencia, será la asamblea de accionistas la que deberá fijar las pautas de la reducción correspondiente o la disolución de la sociedad, pero teniendo presente que la pérdida del capital social no es causal disolutoria que opere automáticamente (art. 96 de la ley 19.550), sino que requiere decisión expresa del órgano de gobierno que puede seguir cualquiera de los dos caminos, esto es, la reducción obligatoria o la disolución.

§ 2. El reintegro del capital social

La ley 19.550 sólo menciona el reintegro del capital social aisladamente, en varias disposiciones de su articulado — arts. 96, 235 y 245—, pero no contempla específicamente esta figura en la sección correspondiente al capital social, como hubiera resultado procedente.

La reintegración del capital social puede ser definida como la reposición del mismo, en lo que ha disminuido por pérdidas ocurridas en el patrimonio de la sociedad⁽⁹⁴³⁾. El reintegro puede ser total o parcial (art. 96 de la ley 19.550), pero de suficiente virtualidad para evitar la disolución de la sociedad por pérdida de su capital. Por su parte, el art. 245 otorga a los socios disconformes con el reintegro del capital decidido por la asamblea extraordinaria de accionistas, el derecho de receso, toda vez que la obligatoriedad de esta decisión no puede serle impuesta a quien o quienes centran su interés en la liquidación de la sociedad.

El acuerdo de los accionistas reintegrando el capital social, pese a encontrarse incluido entre los temas enumerados por el art. 235 de la ley 19.550, como de competencia de las asambleas extraordinarias, no implica reforma de estatutos, pues la reintegración tiende precisamente a evitar esa circunstancia. En otras palabras: el reintegro de capital no implica reducción del mismo hasta el monto de las pérdidas y su posterior aumento, toda vez que aquel procedimiento se lleva a cabo mediante nuevos aportes de los socios, quienes no reciben nuevas acciones por la integración efectuada.

El instituto analizado implica, como bien lo ha afirmado Halperin⁽⁹⁴⁴⁾, el restablecimiento total o parcial del capital reducido por pérdidas, impuesto forzosamente a los accionistas, quienes sólo pueden receder en caso de disconformidad. Ello explica suficientemente que la reintegración debe disponerse por las mayorías especiales previstas en el cuarto párrafo del art. 244, a diferencia del procedimiento de aumento de capital, en donde las accionistas tienen la opción de suscribir, y cuya resolución exige las mayorías previstas por el primero, segundo y tercer párrafos del artículo citado.

En conclusión: el reintegro de capital no implica ni supone la previa reducción del capital, procedimiento que sólo se torna necesario en el caso de que, por efectos del ejercicio del derecho de receso, el reintegro sea sólo parcial, debiendo reducirse el capital sólo por el remanente.