

JURISPRUDENCIA SOCIETARIA

ANOTACIONES SOBRE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO SOCIETARIO
(*)(297)

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H.)

SUMARIO

I. PERSONALIDAD, ABUSO E IDENTIDAD SOCIAL

1. Falta de legitimación del socio en pretensión social.
2. Extensión de quiebra al socio ilimitadamente responsable.
3. Abuso en control, confusión de administradores e insuficiencia del capital.
4. Legado de bienes sociales por el socio aportante.
5. Sociedad "volátil", gestora en construcción al costo.
6. "Consortio" y "sociedad solidaria": ausencia de personalidad y de identificación.

II SOCIEDADES IRREGULARES O DE HECHO

1. Calidad del socio. Elementos que no la prueban.
2. Representación cambiaria. Prueba.
3. Constitución de sociedad regular que no es "regularización".
4. Concurso preventivo con libros sin rubricar.

III. DISOLUCIÓN

1. La "inactividad" como causal disolutoria.
2. Participación de la sociedad en la litis por disolución.
3. Prueba de aportes en la disolución fundada en "promesa" de sociedad.

IV. INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

1. Carácter no suspensivo de los recursos.

I. PERSONALIDAD, ABUSO E IDENTIDAD SOCIAL

1. FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL SOCIO EN PRETENSIÓN SOCIAL

- Es vertebral el argumento en torno a la falta de legitimación derivado del hecho de que el actor demandó a título personal - es decir, por su propio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho - y no por la sociedad a la que sostiene haber aportado a su tiempo los efectos cuya restitución hoy reclama, pertenecientes al patrimonio social ya que - por la disolución operada en el ente - deben seguir el íter del procedimiento liquidatorio (arts. 94, inc. 8 y 101 y sigtes. ley 19550).

- La expresada conclusión no está inspirada en un mero prurito formalista, pues tiende a resguardar los derechos de terceros, sean éstos los herederos del socio premuerto o los eventuales acreedores sociales, toda vez que de haber obviado el procedimiento liquidatorio no podrían los últimos hacer efectivos sus créditos sobre el patrimonio del ente ni los sucesores percibir en la partición la parte que pudiere corresponderles.

- La solución alcanzada viene impuesta como consecuencia de que la sociedad de que se trata posee - bien que limitada - personalidad, la que no se desdibuja por el hecho de que cualquiera de los socios pueda representarla (art. 24, ley cit.), pues éstos, cuando actúan por ella, deben hacerlo en esa calidad y no por derecho propio como ocurre en la especie.

(CNCom., Sala C, 27/11/87, "Moreno, Miguel Angel c/Corzo, Antonio").

2. EXTENSIÓN DE QUIEBRA AL SOCIO ILIMITADAMENTE RESPONSABLE

- La extensión de la quiebra a un socio con responsabilidad ilimitada, si bien es consecuencia de la quiebra social, es un pronunciamiento autónomo y tal sentencia es de carácter constitutivo, por tanto, si las quiebras no fueron simultáneas sino la de aquél fue sucesiva a la social en oportunidad ulterior, los efectos para el socio principian desde la declaración de su falencia.

(CNCom., Sala B, 19/10/87, "Cía. Financiera Universal S.A. s/quiebra")

3. ABUSO EN CONTROL: CONFUSIÓN DE ADMINISTRADORES E INSUFICIENCIA DEL CAPITAL

- Son situaciones que significan una clara violación de la buena fe mediante la indebida utilización de la persona societaria:

a) la confusión de administraciones, de manera que los terceros no pueden distinguir a la sociedad controlante de la controlada, y b) la insuficiente capitalización de la sociedad controlada, que pasa a ser una sociedad fantasma, sin patrimonio que respalde sus operaciones frente a los acreedores.

- El principio de la responsabilidad limitada de una sociedad anónima presupone que la misma debe contar con un capital adecuado para cumplir su objeto.

- Las consecuencias de la configuración de esos impuestos son: 1. La imputación de la actuación de la sociedad directamente a los controlantes y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. La responsabilidad solidaria e ilimitada de los mismos por los perjuicios causados.

(CNCom., Sala E, 24/8/87, "Ceretti, César Roberto c/Ditto SA y otro").

4. LEGADO DE BIENES SOCIALES POR EL SOCIO APORTANTE

- Cabe reputar ineficaz la forma societaria que se constituya para satisfacer fines o intereses que excedan el que la disciplina normativa reconoce como legítimo.

- Debe darse valor a lo real sobre el velo de la personalidad jurídica, si las circunstancias del caso constituyen vehementes presunciones que permiten concluir que la casaquinta que legó la causante era de su propiedad y no de la sociedad anónima a la que fue simuladamente aportada.

(CNCiv., Sala C, 13/10/87, "Casaña, Ofelia s/suc. testamentaria").

5. SOCIEDAD "VOLÁTIL". GESTORA EN CONSTRUCCIÓN AL COSTO

- La sociedad que se ha convertido en "volátil", pues en pleno pleito de un acreedor contra ella se declara por uno de sus representantes como ya terminada y que se depositaron los documentos mucho después de iniciado ese pleito en lugares donde finalmente se habrían perdido, muestra un perfil delineado por la sospecha o la duda legítima para pensar en su real existencia, y revelaría la caracterización del abuso en las formas societarias, escudándose en ellas para impedir el traslado de sus responsabilidades a quienes son sus únicos dos socios.

- Es elemento acusador la simulación en los contratos, ya que si en realidad los llamados contratos en participación no eran más que ventas a terceros y que no se podían eludir las exigencias de la ley 19724, lo que pretendió hacer la demandada violando normas de orden público, una vez más se pone de manifiesto la maniobra desleal para evitar el cumplimiento de normas que beneficiaban a los adquirentes como modo de frustrar derechos de terceros.

- Es conocida la orientación firme de los últimos tiempos que permite interiorizarse de la real composición y responsabilidad de las personas que operan bajo el amparo de la personalidad de las entidades o personas jurídicas, haciendo valer con abuso, simulaciones o fraudes, la personalidad independiente que el art. 39 del Cód. Civil estatuye.

- No hay cortapisa legal por el tiempo de entrada en vigencia de la ley 22903 (arts. 4º y 5º), dado que su plasmación en norma expresa tenía arrastre de antecedentes precisos y concretos, sobre cuya base es posible sostener la responsabilidad de los dos únicos integrantes del ente, dejando a un lado la personalidad de éste para evitar perjuicios a terceros.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(CNCiv., Sala C, 19/11/87, "Villalba Dofossa, Nora c/Arquing SRL y otro s/cumplimiento de contrato").

6. "CONSORCIO Y SOCIEDAD SOLIDARIA: AUSENCIA DE PERSONALIDAD Y DE IDENTIFICACIÓN"

- El "consorcio" fue bien excluido del proceso, pues de nuestra legislación aquél no es sujeto de derecho.

- No queda identificada una sociedad llamándola "solidaria" pues esto no revela un tipo social sino una consecuencia del encuadre jurídico del ente, ya que la solidaridad de los socios frente a terceros resultará, eventualmente, del tipo social adoptado o de la modalidad del negocio concertado, pero tal atribuida cualidad no es idónea para identificar a la sociedad.

(CNCom., Sala D, 9/11/87, "Mario J. Leiderman y Asociados SRL c/Harco Corporation y otro s/ordinario").

Comentarios

Los fallos de este capítulo buscan destacar las derivaciones del principio de la personalidad jurídica y, al mismo tiempo, fijar sus límites a través de las doctrinas correctoras del abuso.

El primer fallo reafirma el principio de la diversa personalidad de la sociedad respecto de sus socios y una de sus consecuencias: los bienes sociales no son bienes del socio aportante, quien sólo podrá llegar eventualmente a ser nuevamente titular después de un proceso liquidatorio en forma y por vía de adjudicación del remanente (art. 109, ley 19550).

Por eso es que, mientras ello no ocurra, el socio carecerá de legitimación para demandar a terceros la restitución de esos bienes.

En el caso sentenciado se trataba de una sociedad de hecho, la que no por ello estaba desprovista de personalidad (arts. 2º y 23, segundo párrafo in fine Ley de Sociedades) . Y si bien cualquier socio podía representarla (art. 24), ello exigía que en el juicio el socio declarara demandar por la sociedad (contemplatio domine) y no pretendiera obtener directamente para sí el bien social, soslayando la liquidación.

En el segundo fallo se fija una limitación patrimonial de la sociedad cuyos socios tienen responsabilidad ilimitada: la extensión de la quiebra al socio por cese del beneficio de excusión (art. 56, Ley de Sociedades) ante la insolvencia judicialmente declarada (art. 164, Ley de Concursos 19551).

Esta expresa regla legal no tiene unánime apoyo doctrinal, dado que lleva a declarar automáticamente en quiebra a un sujeto que puede no estar en cesación de pagos (el socio ilimitado), contradiciendo a uno de los pilares del procedimiento concursal. Es que desde cierto punto de vista sólo cabría hacer responsable al socio por el pasivo social, pero no declararlo en quiebra antes de averiguar si está o no en cesación de pagos, o si tiene

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medios para sufragar las deudas sociales.

De todos modos, con la ley vigente no cabe sino decretar la extensión, habiendo interpretado mayoritaria doctrina que el socio con responsabilidad ilimitada a que alude el art. 164, L.C. es aquel que según el tipo la tiene, y no el que circunstancialmente la pudo haber contraído por vulnerar las reglas societarias (v.gr. comanditario que se inmiscuye en la administración, art. 137, L.S.).

La sentencia anotada, en este marco, destaca el carácter constitutivo de la declaración de quiebra, por lo que si el decreto de falencia de la sociedad no incluye al socio, éste no está en quiebra hasta que ello ocurra.

Los tres fallos siguientes constituyen aplicación de la denominada teoría del abuso de la personalidad societaria (disregard), acuñada por la doctrina anglosajona, luego aceptada por la doctrina continental y últimamente incorporada a través del art. 54 de la Ley de Sociedades (reformado por ley 22903), que en su tercer párrafo declara imputable a los socios o controlantes la actuación social que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros.

De todos modos, la figura del art. 54 ("inoponibilidad") no es idéntica a la de la desestimación de la personalidad (disregard of legal entity), ya que esta última se origina en sentencia judicial y requiere causa ilícita en la constitución, mientras que la primera se origina en la ley, la ilicitud puede ser en la constitución o en la actuación posterior, o puede no haber ilicitud (fines "extrasocietarios"). En el fallo de la Sala E de la Cámara Comercial se declaró la inoponibilidad de la personalidad de la controlada y la imputación y responsabilidad de los controlantes sobre la base de la confusión de administradores y de la insuficiencia de capital.

El primer supuesto se aproxima también al caso de la apariencia, ya que la identidad de los administradores pudo hacer creer a los terceros que contrataron con la controlada que lo hacían con la controlante.

En cuanto a la insuficiencia de capital, el caso debe diferenciarse del criterio de controlar la relación capital-objeto al momento de la constitución, el que presenta problemas de apreciación derivados de la posibilidad de emprender sólo algunas actividades del objeto que no requieran prácticamente capital. En cambio, cuando la apreciación se hace ex post facto existen elementos ciertos para poder determinar la relación entre las operaciones contratadas y el capital en giro.

Por su parte, el fallo "Casaña" evidencia la posibilidad de prescindir de la personalidad jurídica sin ilicitud: en la especie, la casaquinta había sido aportada a una sociedad y luego legada a favor de un tercero por quien sería su verdadera dueña: la aportante.

Sin embargo, llama la atención que esta última sólo poseyera el 95 % del capital, lo que dejaría algún margen de dudas para el allanamiento societario.

El fallo siguiente, también de la Sala C Civil, analizó el caso frecuente por el cual una sociedad determinada forma con terceros una sociedad en participación para construir un inmueble al costo, actuando la primera como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

gestora.

El tribunal allanó la personalidad de la primera por los fundamentos que se destacan en el sumario, siendo importante destacar que entendió aplicable las reglas del art. 54 a una situación anterior a su dictado, por tratarse de la consagración de principios derivados de normas generales sobre límites de la personalidad jurídica.

El último fallo del capítulo reafirma que la voz "consorcio" no alude a sujeto con personalidad en el derecho argentino, lo que también se ajusta al régimen de las "uniones transitorias de empresas" a las que en la jerga corriente se denomina de esa forma y no son personas (ver art. 377, tercer párrafo, L.S.).

En cuanto a la identificación de una sociedad por ser "solidaria", se la rechaza con toda justeza por imprecisa, dado que esa consecuencia corresponde a diversas formas y tipos sociales (arts. 23, 125, 134, 141 y 315).

II. SOCIEDADES IRREGULARES O DE HECHO

1. CALIDAD DEL SOCIO. ELEMENTOS QUE NO LA PRUEBAN

- El desempeño y realización de tareas tales como administrar el negocio, atendiendo a proveedores y la caja, supervisando el personal y llevando la contabilidad, no es indicativo de que el actor detentase una posición de socio.

- Aunque se admitiera que el actor realizó compras de bienes con destino a la explotación comercial, no está acreditado que la realizara con dinero proveniente de su patrimonio, sino con el producto de las ventas del negocio. La utilización de esos dineros provenientes de la explotación no predica - por sí misma - la existencia de una relación societaria, ni siquiera es índice de ella el retiro de utilidades, puesto que esas conductas bien pudieran fundarse en el carácter de encargado del negocio o dependiente que precisamente atribuye el demandado al actor o bien a una relación de habilitación.

(CNCom., Sala C, 29/9/87, "Zappacosta, Horacio N. c/Briuolo, Gerardo M.").

2. REPRESENTACIÓN CAMBIARIA. PRUEBA

- La Ley de Sociedades (art. 24) admite que cualquier socio representa a la sociedad de hecho, por lo que la invocación de esa calidad, el otorgamiento de poder en tal sentido, sumados a la tenencia material del documento, resultan suficientes para aventar la posibilidad del perjuicio que se derivaría del pago a quien no corresponde.

- La tenencia del documento coadyuva a aclarar cualquier posible deficiencia en la que se hubiera incurrido al consignar el nombre del beneficiario - en el sub júdice la ausencia del aditamento "sociedad de hecho"- pues no interesa que se trate de una persona imaginaria, carente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de relevancia para la validez del documento, siendo suficiente su existencia formal a fin de que las demás obligaciones surjan.

(CNCom., Sala E, 8/2/88, "Telegonorte Soc. de Hecho c/A.B.CH. SA").

3. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD REGULAR QUE NO ES "REGULARIZACIÓN"

- No se ajusta al art. 22 de la Ley de Sociedades la "regulación" de la situación societaria de las partes, de modo que éstas comenzaron a operar a través de la nueva entidad regular y "... la anterior sociedad dejó de operar, sin perjuicio de la responsabilidad anterior de sus socios", o sea que la irregular dejó de operar y en su operatoria fue sustituida por la nueva sociedad regular. Ante ello bien cupo considerar disuelta la entidad que dejó de operar y fue sustituida en su actividad por otra entidad regular

(CNCom., Sala D, 9/10/87, "Zangari, José c/Zangari, Domingo").

4. CONCURSO PREVENTIVO CON LIBROS SIN RUBRICAR

- El carácter de sociedad de hecho de la solicitante de la apertura de su concurso preventivo torna idónea - ante la ausencia de libros rubricados - la presentación del libro correspondiente al IVA, compras y ventas y libro diario, a los efectos de dar cumplimiento a los requisitos legales exigidos.

(CNCom. Sala E, 8/7/87, "Loiacono, José, Monsalvo, Felisa y Morena, Blanca (Soc. de hecho) s/conc.").

Comentarios

Una de las cuestiones que mayores controversias presenta en materia de sociedades de hecho es la de la prueba de la calidad de socio, en sus aspectos interno (contra los otros socios) y externo (contra terceros).

La regla aplicable está prevista en el art. 25 de la ley 19550 que declara que la existencia de la sociedad puede acreditarse por cualquier medio de prueba. Sin embargo, tal amplitud de medios probatorios no equivale a amplitud de criterio, ya que son gravosas las consecuencias de tener por probada una relación societaria irregular.

En el primer fallo del capítulo se analizaron situaciones de las que cabe extraer la siguiente conclusión: mientras los hechos probados puedan corresponder a una relación distinta de la societaria no debe tenerse por justificada la sociedad de hecho entre las partes.

En el segundo fallo se analizó la cuestión de la prueba en su ámbito externo, o sea, frente a terceros, pues iniciada una ejecución por el representante de una sociedad de hecho el ejecutado cuestionó su personería por falta de prueba sobre la existencia de la sociedad y sobre la calidad de socio del poderdante.

Sin embargo, el Tribunal la reputó como suficientemente acreditada en base a dos elementos de convicción: la existencia de la sociedad fue invocada por los otorgantes del poder; y el apoderado tenía en sus manos y presentó

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

para ejecutar un documento autosuficiente: el título de crédito a nombre de la sociedad, todo lo que autorizaba a presumir la legitimación.

El tercer fallo posee valor docente al distinguir la "regularización" de un supuesto de mera "legalización" de la situación societaria. Así, se dijo que si la sociedad de hecho anterior había dejado de operar disolviéndose y constituyéndose una nueva sociedad regular, no se daba la situación del art. 22, primer párrafo, que expresamente descarta la disolución y establece la identidad entre la irregular y la regularizada, mediante un procedimiento especial no cumplido en el caso.

Es que en la constitución no existirá la continuación patrimonial propia de la regularización, sino aportes nuevos, destacándose la imposibilidad de que los socios aporten el fondo de comercio de la anterior, dado que su titularidad es de la sociedad de hecho y no de ellos, individualmente.

El último fallo se inserta en el nuevo estatuto de la sociedad irregular o de hecho, a la que se le permite, no obstante, no estar inscrita, presentarse en concurso preventivo (ley 22917).

Tal suavización del rigorismo anterior no significará la supresión de exigencias formales sino su reemplazo, ya que en lugar de los libros rubricados deberá presentar los libros impositivos (IVA) y los comerciales no rubricados, de modo de poder reconstruir, de la mejor manera posible, la situación patrimonial de la concordataria.

III. DISOLUCIÓN

1. LA INACTIVIDAD COMO CAUSAL DISOLUTORIA

- La inactividad societaria de los socios y de los administradores, así como el tiempo transcurrido desde que ha sido puesta de manifiesto (tres años), justifican la disolución de la sociedad.

- La ley 19550, art. 94, inc. 4 establece que es causal de disolución la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto social, y tal imposibilidad en el caso se demuestra por la falta absoluta de actividad societaria por quienes pudieron ejercerla o inducirla y que sólo han demostrado cierto interés en litigar para excluirse de una sociedad que, como queda demostrado, se encuentra ya disuelta.

(CNCom., Sala D, 2/3/87, "Ferrari, Angela A. y otra c/Parada, Raúl A. y otro").

2. PARTICIPACIÓN DE LA SOCIEDAD EN LA LITIS POR DISOLUCIÓN

- De conformidad con la personalidad reconocida por el artículo 2º de la ley 19550, a las sociedades allí reguladas, en la demanda de disolución judicial incoada, donde está en juego la propia subsistencia del ente, éste necesariamente debe ser sujeto pasivo de la acción, formándose así el litisconsorcio necesario.

(CNCom., Sala B, 12/6/87, "Tarantino y otros c/Urtuondo, Julián L. y otra").

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. PRUEBA DE APORTES EN LA DISOLUCIÓN FUNDADA EN "PROMESA" DE SOCIEDAD

- En la demanda disolutoria fundada en "promesa" de sociedad quien afirme la prestación - en el caso, aporte para una futura sociedad - es quien debe probarla (Cód. procesal 377). Ello no resulta de inversión alguna de la carga probatoria: antes bien, es el resultado de la aplicación ortodoxa de tales pautas procesales, pues el sujeto activo del hecho por probar (dar el aporte) es quien debe justificar su veracidad.

(CNCom., Sala D, 3/6/87, "Fernández de León, José c/Ferrando, Raúl s/ord.").

Comentarios

El primer fallo se adentra en la problemática de las causales de disolución acuñando, aparentemente, una no prevista expresamente por la ley: la inactividad de socios y administradores por un lapso considerable.

Sin embargo, tal causal aparece hábilmente subsumida en la del art. 94, inc. 4º de la ley 19550, referida a la imposibilidad sobreviniente de lograr el objeto para el cual se formó, a través de un razonamiento inverso, pero no por ello menos convincente: si no tuvo actividad ello demuestra que el objeto era imposible.

Correspondería agregar que tal imposibilidad podría no ser propia del objeto como tal sino derivada de la actitud de socios y administradores, pero sería igualmente imposibilidad al fin, en lo que a la sociedad se refiere. En esta materia no debe olvidarse el principio consagrado por el art. 100 de la ley 19550 que, como norma de interpretación, dispone que en caso de duda sobre la existencia de una causal de disolución, se estará en favor de la subsistencia de la sociedad.

Sin embargo, como ese principio tiende a la conservación de la empresa (mediante la conservación de la sociedad como estructura jurídica de ella), no aparece en contradicción con la conclusión del fallo, ya que si no hay actividad no hay empresa y, por ende, nada que conservar.

El segundo fallo versa sobre una litis judicial de disolución.

El Tribunal entendió necesario que el proceso se integrara también con la sociedad, lo que tiene suficiente fundamento en las consecuencias que un acogimiento que la acción reportaría al ente: la mutación de su objeto que se convertiría en liquidatorio (art. 105) y el inicio de un procedimiento destinado a la extinción social (art. 112).

Sin embargo, debe quedar a salvo el caso de sociedades en las que se demandó a todos los socios y administradores, respecto de las cuales exigir un emplazamiento adicional a la sociedad supondría exceder los límites de la personalidad en un cometido de imposible respuesta en tanto nadie podría representar autónomamente al interés social.

En la última sentencia anotada se planteó una demanda disolutoria respecto de una promesa de sociedad.

En dicho ámbito, el Tribunal entendió que quien pretendía la restitución de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un aporte debía probar haberlo hecho, ya que la falta de concreción societaria impedía presumir tal extremo.

IV . INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

1. CARÁCTER NO SUSPENSIVO DE LOS RECURSOS

- La mera interposición del recurso que contempla el art. 16 de la ley) 22315, que dispone la posibilidad de apelar ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil las resoluciones del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación que se refieren a asociaciones civiles y fundaciones, no produce per se y de modo automático efectos suspensivos respecto del acto administrativo atacado.

- El art. 18 de la ley 22315 exclusivamente atribuye efecto suspensivo a los recursos por los que se atacan resoluciones que imponen apercibimientos con publicación o multas; en los demás casos, los recursos contemplados en el art. 16 carecerán de dicho efecto.

(Corte Suprema de Justicia, 10/12/87, "Senok, Oikos y Fades").

Comentarios

Este fallo reafirma el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos en cuya virtud los recursos que puedan interponerse contra ellos no tienen aptitud para impedir su ejecución.

La trascendencia del pronunciamiento no sólo resulta de haber sido dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino porque un reciente fallo de la Sala D de la Cámara Comercial (7/7/87, "Círculo cerrado c/l.G.J.") había sentado un criterio opuesto, el que debe tenerse por definitivamente superado ahora.