

ACADEMIA NACIONAL  
DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Director: **Académico Héctor Alegria**

# TEMAS DE DERECHO MERCANTIL

Mauricio Boretto - Guillermo Cabanellas (h)  
Dante Cracogna - Mariano Gagliardo  
María Celia Marsili - Ricardo S. Prono  
Alfredo L. Rovira - Miguel Eduardo Rubín  
Juan Carlos Veiga - Daniel Vergara del Carril

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad  
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión  
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

---

**IMPRESO EN LA ARGENTINA**  
La Ley Sociedad Anónima  
Tucumán 1471  
C.Pág. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Argentina  
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA  
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y  
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 -7 de octubre- 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I — ANUARIOS

*Anales* — Primera época, N° 1 (1915) — Segunda época, N° 1 a 56.

SERIE II — OBRAS

1. — *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
2. — *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
3. — *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
4. — *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
5. — *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
6. — *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
7. — *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
8. — *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
9. — *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
10. — *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
11. — *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
12. — *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
13. — *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
14. — *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
15. — *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
16. — *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
17. — *Primeros Académicos de Derecho — 1925.*
18. — *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
19. — *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
20. — *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
21. — *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
22. — *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
23. — *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
24. — *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
25. — *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
26. — *Los posibles antídotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
27. — *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
28. — *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
29. — *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30. — *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31. — *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32. — *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33. — *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34. — *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35. — *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III — COMUNICACIONES

*Comunicaciones* — N° 1.

### SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. — *Estudios sobre Derecho Civil.*
2. — *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
3. — *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
4. — *Estudios sobre derecho ambiental.*
5. — *Estudios sobre daño moral.*
6. — *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
7. — *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*
8. — *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
9. — *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
10. — *Los vicios de la voluntad.*
11. — *Los vicios de la voluntad. Parte II.*
12. — *Capacidad civil de las personas.*
13. — *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*
14. — *Sociedad Conyugal.*
15. — *Teoría y práctica de los contratos.*
16. — *Código Civil y Comercial.*
17. — *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1. — *Estudios de Derecho Civil.*

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

#### INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal — Año 2016.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y  
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

— *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

**Secretarios**

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**Tesorero**

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director Honorario**

Académico Dr. Jaime L. Anaya

**Director de Publicaciones**

Académico Dr. Gregorio Badeni

**Vocales**

Académico Dr. José W. Tobías  
Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. José O. Casás	Lisandro Segovia	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos	13 septiembre 2018
------------------	--------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo  
Dr. Carlos A. Adrogué  
Dr. Juan R. Aguirre Lanari  
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio  
Dr. Jorge A. Aja Espil  
Dr. Jorge H. Alterini  
Dr. Juan Álvarez  
Dr. Octavio R. Amadeo  
Dra. Margarita Argúas  
Dr. Marco R. Avellaneda  
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia  
Dr. Antonio Bermejo  
Dr. Juan A. Bibiloni  
Dr. Germán J. Bidart Campos  
Dr. Eduardo L. Bidau  
Dr. Eduardo Bidau  
Dr. Carlos María Bidegain  
Dr. Rafael Bielsa  
Dr. Bernardino Bilbao  
Dr. Adolfo Bioy  
Dr. Guillermo A. Borda  
Dr. Ernesto Bosch  
Dr. Rodolfo Bullrich  
Dr. Carlos O. Bunge  
Dr. Eduardo B. Busso  
Dr. Jorge Bustamante Alsina  
Dr. Pablo Calatayud  
Dr. Francisco Canale  
Dr. Ramón S. Castillo  
Dr. Santos Cifuentes  
Dr. Alfredo Colmo  
Dr. Jorge E. Coll  
Dr. Julio César Cueto Rúa  
Dr. Tomás R. Cullen  
Dr. Mauricio P. Daract  
Dr. Calixto S. de la Torre  
Dr. Antonio Dellepiane  
Dr. Atilio Dell'Oro Maini  
Dr. Mariano de Vedia y Mitre  
Dr. Juan José Díaz Arana  
Dr. Manuel María Diez  
Dr. Luis M. Drago  
Dr. Mariano J. Drago  
Dr. Wenceslao Escalante  
Dr. Felipe A. Espil  
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo  
Dr. José Figueroa Alcorta  
Dr. Horacio P. Fargosi  
Dr. Salvador Fornieles

Dr. Vicente C. Gallo  
Dr. Guillermo Garbarini Islas  
Dr. Juan Agustín García  
Dr. Juan M. Garro  
Dr. Juan A. González Calderón  
Dr. Dimas González Gowland  
Dr. Aquiles H. Guaglianone  
Dr. Elías P. S. Guastavino  
Dr. Carlos Güiraldes (h)  
Dr. Roberto Guyer  
Dr. Alberto Hueyo  
Dr. Carlos Ibaguren  
Dr. Eduardo Labougle  
Dr. Héctor Lafaille  
Dr. Héctor P. Lanfranco  
Dr. Hilario Larguía  
Dr. Tomás Le Bretón  
Dr. Ricardo Levene  
Dr. Juan Francisco Linares  
Dr. Segundo V. Linares Quintana  
Dr. Mario Justo López  
Dr. José María López Olaciregui  
Dr. Baldomero Llerena  
Dr. Osvaldo Magnasco  
Dr. Carlos C. Malagarriga  
Dr. Miguel S. Marienhoff  
Dr. Félix Martín y Herrera  
Dr. Roberto Martínez Ruiz  
Dr. Agustín N. Matienzo  
Dr. José N. Matienzo  
Dr. Jorge M. Mayer  
Dr. Carlos L. Melo  
Dr. Leopoldo Melo  
Dr. Manuel A. Montes de Oca  
Dr. Augusto Mario Morello  
Dr. Rodolfo Moreno (h)  
Dr. Carlos M. Muñiz  
Dr. José Luis Murature  
Dr. Rómulo S. Naón  
Dr. Benito A. Nazar Anchorena  
Dr. Luis Esteban Negri Pisano  
Dr. Manuel Obarrio  
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta  
Dr. Francisco J. Oliver  
Dr. Julio H. G. Olivera  
Dr. Manuel V. Ordóñez  
Dr. Alfredo Orgaz  
Dr. Adolfo Orma  
Dr. Julio César Otaegui

Dr. Alberto G. Padilla  
Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. José D. Ray  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guíñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)

Dr. Alejandro Ruzo  
Dr. Diego L. Saavedra  
Dr. Carlos Saavedra Lamas  
Dr. Antonio Sagarna  
Dr. Raymundo M. Salvat  
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo  
Dr. José Manuel Saravia  
Dr. Juan Silva Riestra  
Dr. Sebastián Soler  
Dr. Juan B. Terán  
Dr. José A. Terry  
Dr. David de Tezanos Pinto  
Dr. Gastón Federico Tobal  
Dr. Félix A. Trigo Represas  
Dr. Ernesto J. Ure  
Dr. Enrique Uriburu  
Dr. Antonio Vázquez Vialard  
Dr. Benjamín Victorica  
Dr. Federico N. Videla Escalada  
Dr. Ernesto Weigel Muñoz  
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes  
Dr. Mauricio Yadarola  
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez  
Dr. Clodomiro Zavalía  
Dr. Estanislao S. Zeballos



# SUMARIO

---

## DOCTRINA

---

La insolvencia y las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos (sección IV - ley 19.550) POR MAURICIO BORETTO .....	17
La adquisición de acciones por la sociedad emisora POR DR. GUILLERMO CABANELLAS (H) .....	29
Hacia un nuevo paradigma societario En el derecho argentino POR DANTE CRACOGNA .....	83
Esencia de la solidaridad (legal) POR MARIANO GAGLIARDO .....	99
Reflexiones sobre la tipicidad societaria y las reformas introducidas a la ley 19.550 por la ley 26.994 POR MARÍA CELIA MARSILI .....	127
El Código Civil y Comercial y su incidencia en los medios de recomposición patrimonial y en el régimen de rehabilitación del fallido, en las legislaciones concursal y societaria POR RICARDO S. PRONO .....	157
Las sociedades del capítulo I, sección IV de la Ley general de sociedades y la autonomía de la voluntad POR ALFREDO L. ROVIRA .....	187
La sociedad inmovilizada por sus propios socios y el novedoso antídoto del art. 161, Cód. Civ. y Com. POR MIGUEL EDUARDO RUBÍN .....	203
Sociedad por acciones simplificada POR JUAN CARLOS VEIGA .....	255
Características de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones POR DANIEL VERGARA DEL CARRIL .....	269



# LA INSOLVENCIA Y LAS SOCIEDADES NO CONSTITUIDAS SEGÚN LOS TIPOS DEL CAPÍTULO II Y OTROS SUPUESTOS (SECCIÓN IV – LEY 19.550)

POR MAURICIO BORETTO

## I.- Introducción

### a.- La sociedad como persona jurídica. Reglas generales

El reconocimiento de la persona jurídica como ente con capacidad de derecho puede ir desde el otorgamiento formal de la personalidad jurídica mediante autorización y aprobación del Estado hasta la simple consideración de la entidad como sujeto de derecho sin necesidad de autorización estatal expresa.

La fuerza jurídica de la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas dentro del marco de las formas admitidas adopta como principio general aquel según el cual –excepto disposición en contrario– la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades desde la constitución.

Según el art. 142 del Cód. Civ. y Com.: *“La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.”*

El Cód. Civ. y Com. establece, de este modo, el principio de la libre constitución de las personas jurídicas: nacen desde el acto de su constitución y fruto de la libre voluntad de las partes, sin otro recaudo; excepto que la ley exija un requisito adicional.

A decir verdad, el reconocimiento estatal y el registro –en su caso– son elementos formales necesarios para la personificación de una entidad, aunque el carácter decisivo es la *voluntad privada*; siendo la intervención estatal un reconocimiento meramente complementario y en función de policía de la entidad creada por los particulares.

Ello no obsta a que, cuando expresamente se requiere autorización estatal, la personalidad quede “condicionada” de algún modo a ese acto de la administración pública, pues la persona jurídica privada solo podrá funcionar como tal desde que obtenga dicha autorización (aun cuando exista como sujeto de derecho desde su constitución y *puedan inscribirse preventivamente a su nombre bienes registrables en tanto entidad en formación, art. 154, Cód. Civ. y Com.*).

Nuestro sistema legal –tanto en el Código de Vélez como en el Cód. Civ. y Com.– contiene diferentes regulaciones según el “tipo de persona jurídica”, aunque la regla general es el sistema de libre constitución:

*a.- Sistema de concesión o autorización estatal:*

El poder de policía del Estado constituye un acto mixto de autorización de la personería y aprobación de los estatutos de la entidad. Es el caso de las asociaciones civiles y fundaciones (conf. art. 45, Código de Vélez y art. 169, Cód. Civ. y Com.).

*b.- Sistema de disposiciones normativas o sistema de registro:*

Es un sistema intermedio en el cual no se llega a la plena libertad en materia de constitución de las personas jurídicas privadas, sino que se la reglamenta con base al cumplimiento de recaudos legales por parte de los fundadores. Es el supuesto actual de las sociedades “comerciales”, ley 19.550 (cuya denominación cambió a partir del 1/8/2015 como “Ley General de Sociedades” [LGS] conforme con el anexo II de la ley 26.994), según el cual los socios fundadores pueden elegir entre varios tipos sociales preestablecidos legalmente, cada uno de los cuales –a su vez– tiene requisitos esenciales tipificantes que lo caracterizan como tal (p. ej., la sociedad anónima) y lo diferencian de los otros (p. ej., la sociedad de responsabilidad limitada); debiendo inscribirse además en el registro público correspondiente.

*c.- Sistema de constitución libre:*

Sin perjuicio de observar ciertas formas legales, la libertad en materia de constitución de personas jurídicas es mayor. Es lo que ocurría con las sociedades civiles (referenciadas en el art. 1184 del Código de Vélez y que desaparecen con una regulación autónoma en el Cód. Civ. y Com.) y las simples asociaciones (según art. 46 del Código de Vélez y art. 187 del Cód. Civ. y Com.).

También quedan comprendidas dentro de este sistema las sociedades informales o residuales (sección IV, LGS) que, a pesar de sus “defectos”, son reconocidas como sujeto de derecho.

## **b.- Distinta personalidad jurídica**

La diversa personalidad de la entidad y de sus miembros es esencial para la comprensión del tema que abordamos: cada entidad es un sujeto de derecho independiente y, por eso, es titular exclusivo de las relaciones jurídicas en que interviene.

Según el art. 143, Cód. Civ. y Com.: “La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.”

Por aplicación de la *regla de la distinta personalidad*, dado un conflicto que requiere intervención judicial, corresponde demandar a la persona jurídica como tal y no a los miembros que la componen, ni a los individuos que integran sus organismos directivos (comisión directiva, directorio, gerencia, etc.), aun cuando la notificación de la demanda deba hacerse en la persona de quien ejerce la representación de la entidad.

Se satisface, así, la finalidad principal perseguida por quienes constituyen una persona jurídica: crear un nuevo sujeto de derecho con distinto patrimonio y distinta responsabilidad.

En concreto, de la neta distinción entre la personalidad del ente y la de sus miembros, surgen importantes consecuencias prácticas, tales como:

- existencia de distintos *patrimonios*: el de la entidad y el de los individuos que con su actividad humana nutren la actividad de la entidad;
- distinta *titularidad de derechos* a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa;
- diversa *responsabilidad* que, en principio, solo compromete la de la entidad actuante;
- posibilidad de alterar la *composición humana del núcleo* sin que se modifique la situación jurídica de la entidad;
- posibilidad de que la persona jurídica *rija su propio orden interno* y establezca los derechos y deberes de los individuos que la componen (si es una corporación) o que se benefician de su actividad (fundación).

## **II.- Las Sociedades no constituidas según los tipos del capítulo II y otros supuestos (sección IV – ley 19.550)**

### **a.- Punto de partida**

Las sociedades de la “sección IV” –como suele llamárselas– de la ley 19.550 (según ley 26.994) comprenden actualmente una serie de sociedades que podríamos calificar de “defectuosas”:

- sociedades atípicas,
- aquellas que han omitido algún requisito esencial no tipificante,
- sociedades irregulares y
- sociedades de hecho.

En el régimen anterior a la reforma de la ley 26.994, las dos primeras “especies” de sociedades eran inválidas; en cambio, las dos últimas, aunque “válidas”, eran miradas con desfavor y su reconocimiento respondía a un sistema disuasorio o sancionatorio, a fin de obligarlas a su inscripción.

Estos últimos dos supuestos –sociedades irregulares y de hecho– estaban sometidos, en lo sustancial, al siguiente marco regulatorio (arts. 21 a 26, ley 19.550):

- el contrato social no podía ser opuesto ni siquiera entre los mismos socios,
- la responsabilidad de estos y de quienes hubieren actuado por el ente era ilimitada, solidaria con la sociedad y directa,
- la sociedad carecía de toda posibilidad de actuación orgánica,
- primaba la promiscuidad en materia de representación, de modo que cualquiera de aquellos podía obligar a la sociedad y, por ende, a todos los demás.

La ley 26.994 introdujo importantes modificaciones en esta materia, que desarrollaremos en el próximo acápite. Sin embargo, y a pesar de los cambios, la reforma mantuvo la plena vigencia de dos principios:

- *tipicidad* (art. 17, LGS),
- *constitución regular mediante la inscripción registral* (art. 7, LGS).

De esta manera, de acuerdo con el nuevo régimen según la ley 26.994, coexisten dos “subsistemas” en materia de “publicidad societaria”.

En efecto:

el tipo social por el que optaron los socios será oponible y no podrá ser desconocido por *ningún tercero* cuando la sociedad se encuentre regularmente inscrita en el Registro Público (art. 7, LGS).

si podrá ser desconocido –o, en otros términos, no le será oponible– al tercero cuando, *tratándose de una sociedad no inscrita y hallándose vinculado con ésta por relaciones negociales o contractuales* (*rectius*: acreedor “voluntario”), no pueda probarse el *conocimiento efectivo del contrato social* por parte de este (art. 22, LGS).

Los conceptos expuestos evidencian una importante diferencia con el régimen anterior en el cual imperaba –como vimos– la *inoponibilidad entre los socios y frente a terceros de las cláusulas contractuales* (arts. 21 a 26, ley 19.550) independientemente del conocimiento efectivo de estos últimos.

Así las cosas, con el nuevo sistema post-reforma, la publicidad del ente societario, tanto como sujeto de derecho cuanto como contrato, tiene un perfil bifronte:

- *registral* (art. 7, LGS):

o en este caso las cláusulas del contrato social o estatuto (y, por ende, el tipo social adoptado) son oponibles a terceros (p. ej.: otros contratantes, acreedores, etc.) a partir de la registración y, desde ese momento, la sociedad se considera regularmente constituida (art. 7, LGS). Sociedad *regular*, entonces, es la que reúne los siguientes requisitos: (I) adopta algunos de los *tipos sociales* regulados por la LGS (sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, anónima, en comandita, etc.); (II) nace de un contrato celebrado con la forma prevista por la ley y (III) está inscrita en el Registro Público.

- *fáctico* (arg. arts. 22 y ss., LGS):

o si el contrato social no está inscripto en el Registro Público, no es oponible respecto de terceros, como tampoco lo es –en su caso– el tipo social adoptado. No obstante, si los terceros –pese a la falta de inscripción– *conocen efectivamente* el contrato social al momento de vincularse jurídicamente con la sociedad, este sí le es oponible y no podrán desconocer su contenido.

**b.- Régimen actual: breve consideraciones**

Según el régimen actual (según ley 26.994, LGS):

- el contrato social sí puede ser invocado entre los socios y sus cláusulas pueden oponerse contra los terceros que las *conocían al contratar*, incluso respecto de quién representa a la sociedad, todo lo que evita conflictos entre los socios y también con terceros (arts. 22 y 23, LGS);

- la sociedad puede adquirir bienes registrales a su nombre, por un acto de reconocimiento de todos los socios, permitiendo separar los bienes personales de los bienes afectados a la empresa familiar (art. 23, 3er. párrafo, LGS) (1);

- la responsabilidad de los socios por las deudas de la sociedad es mancomunada (no solidaria) y se divide en partes iguales. No obstante la mancomunidad, no son socios con responsabilidad limitada sino “ilimitada”, por lo que en caso de falencia a los socios les corresponde la extensión de quiebra del art. 160 LCQ. *Sobre este tema volveremos más adelante.*

- el pedido de disolución de un socio no opera si hay plazo pactado y, si no lo hay, produce efectos recién a los noventa días, pero permite a los restantes continuar con la sociedad pagando la parte social a los salientes, todo lo que garantiza la continuidad del ente social.

**c.- Personalidad jurídica. Tipicidad**

En materia societaria, el concepto de *personalidad jurídica* debe ser distinguido del de *tipicidad*. La personalidad jurídica implica que el ente es considerado sujeto de derecho, es decir, tiene aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones. Son personas no solo las sociedades, sino también las asociaciones, fundaciones, etcétera.

En cambio, la *tipicidad* consiste en la *disciplina legislativa particular impuesta a las sociedades que permite diferenciar una de otras a través de ciertos requisitos esenciales que le son propios*. En este sentido, se menciona como tipo social la “sociedad anónima”, la “sociedad de responsabilidad limitada”, la “sociedad colectiva”, etcétera.

La *atipicidad* es la adopción por parte de los socios de un tipo social no regulado por la LGS. Dentro de este esquema, si dos o más personas

---

(1) <http://www.favierduboisspagnolo.com/press/jornadas-congresos-y-simposios/verdaderos-y-falsos-sujetos-concursables-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>.

celebraran un contrato de sociedad bajo un tipo desconocido, p. ej. mezclan aspectos de un tipo social y de otro (se establece como órgano de administración una gerencia, se divide el capital social en acciones, se utiliza una razón social como nombre societario del ente, etc.), el ente social es “válido” pero quedará sujeto al régimen de la sección IV, LGS antes descripto.

### **III.- Las sociedades informales ante la insolvencia**

#### **a.- Concursabilidad de las sociedades informales**

Las sociedades informales a las que nos hemos referido precedentemente pueden hallarse en situación de insolvencia, por lo tanto, pueden concursarse preventivamente o quebrar.

De acuerdo con el art. 2 de la LGS y a los arts. 2 y 5 de la ley 24.522 (LCQ) son sujetos concursables desde que son sujetos de derecho sin ningún tipo de restricción en este sentido (art. 141, Cód. Civ. y Com.).

Conforme al art. 26 LGS que regula las relaciones entre los acreedores sociales y los particulares de los socios: “Las relaciones entre los acreedores sociales y los acreedores particulares de los socios, aun en caso de quiebra, se juzgarán como si se tratara de una sociedad de los tipos previstos en el Capítulo II, incluso con respecto a los bienes registrables”.

De acuerdo con la batería de normas citadas (arts. 2 y 26, LGS, y art. 2, LCQ) la sociedad de la sección IV es sujeto de derecho con el alcance fijado en la ley, por lo que resulta indiscutible reconocerles la calidad de sujeto concursable.

¿Cómo se instrumenta formalmente en la práctica esa “concursabilidad”?

Como cualquier socio representa a la sociedad conforme al art. 23, LGS, exhibiendo el contrato, puede solicitar el concurso preventivo del ente (art. 11, LCQ).

Si se trata de una sociedad sin contrato (llamada “de hecho”, según el régimen anterior), la apertura del concurso quedaría supeditada a que se encuentre plenamente comprobada la existencia del ente social (p. ej., a través de constancias fiscales como ocurre con la inscripción del IVA en la AFIP, ante las Administraciones Provinciales de Impuestos (2),

---

(2) CCiv. y Com., Rosario, sala I, 26/10/07, “Bco. Nación Argentina Fid del Fid. Bisel c/Industria de Materiales Combinados e Ing SH y/o Zubiri Leonardo y/o Duluc, Luis s/ cobro de pesos”, [www.mmg-abogados.com.ar/newsletter/n6\\_2.pdf](http://www.mmg-abogados.com.ar/newsletter/n6_2.pdf).

etc.) y a que todos los socios brinden conformidad a la convocatoria, al igual que sucede si lo que se pretende es adquirir bienes registrables (arg. art. 23, 3er. párrafo, LGS).

Si, por el contrario, es una sociedad típica que ha incumplido los requisitos formales, dado que ahora las cláusulas son oponibles exhibiendo el contrato (art. 23, LGS), el órgano de representación podrá solicitar la apertura. Posteriormente, la ratificación exigida por la ley 24.522 (art. 6, LCQ) deberá ser otorgada conforme las mayorías impuestas por cada tipo societario, sin necesidad de requerir la concurrencia de todos los socios (3).

## **b.- Extensión de la quiebra (art. 160, LCQ)**

### **a.- Planteo del tema**

Dijimos que las sociedades informales también pueden quebrar.

Según el art. 160, LCQ: “La quiebra de la sociedad importa la quiebra de sus socios con responsabilidad ilimitada”.

Por su parte, la responsabilidad de los socios en la sociedad residual se encuentra regulada en el art. 24, LGS, e implica un cambio importante respecto del régimen anterior.

La regla es que los socios responden frente a terceros como obligados simplemente mancomunados salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción resulten:

- de una estipulación del contrato social,
- de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual dejaron de cumplir los requisitos sustanciales o formales.

Así las cosas, el principio general es que los socios responden de manera simplemente mancomunada y en partes iguales, aunque pueden convenir una responsabilidad distinta a la prevista legalmente.

Además, la responsabilidad deja de ser directa al haberse eliminado del texto de la norma la prohibición de invocar el beneficio de excusión (art. 56, LGS). Estamos en presencia de una responsabilidad “indirecta” toda vez que la oponibilidad del contrato social implica, asimismo, la vigencia

---

(3) JUAREZ, María Laura, “Las sociedades no constituidas regularmente en el Código Civil y Comercial unificado”, *Estudios de Derecho Empresario*.

de la personalidad y la subsidiariedad de la responsabilidad de los socios, coherente con el art. 143 del Cód. Civ. y Com.

Por lo tanto, el “quid” de la cuestión es analizar si el nuevo régimen societario mantiene la “responsabilidad ilimitada” de los socios de las sociedades informales y, por lo tanto, si estos son pasibles de la extensión de quiebra consagrada en el art. 160, LCQ.

La respuesta a este interrogante no es sencilla pues, en el estado actual de la doctrina societarista, se advierte una confusión de conceptos que ha venido a oscurecer la solución del problema.

### **b.- La opinión de la doctrina**

La mayoría de los juristas (entre otros, José Ignacio Romero (4), Carlos Molina Sandoval (5), Daniel R. Vítolo (6), Agustina López Revol, María Victoria Sanchez (7), Marcelo Barreiro (8), entre otros) han entendido que, luego de la reforma de la ley 26.994, los supuestos de extensión de quiebra de la sociedad a los “socios ilimitadamente” responsables han quedado sustancialmente reducidos.

Los principales argumentos son:

- la extensión de la quiebra del art. 160, LCQ, ha quedado limitada a los supuestos en que contractual y originariamente se haya pactado la responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios;

- la extensión de la quiebra del art. 160, LCQ, deja de tener aplicación automática para las sociedades informales, en tanto la solidaridad de los socios con el pasivo social no es ya la regla (los socios no son ilimitadamente responsables);

---

(4) “La extensión de la quiebra tras la vigencia de la ley 26.994” en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo IV, ps. 286-287.

(5) “Las sociedades simples frente al proceso concursal”, en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo III, ps. 716-720.

(6) “Extensión de la quiebra” en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo IV, ps. 288 y ss.

(7) “Sociedad residual y extensión de quiebra” en *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II, ps. 1129 y ss.

(8) “La virtual desaparición de la extensión automática de quiebra del art. 160 LGS” en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo IV, ps. 307 y ss.

- solo podrá extenderse la quiebra a los socios de las sociedades residuales en situaciones remanentes o por situaciones originarias en los casos en que hubieran pactado en el contrato su responsabilidad solidaria e ilimitada en forma directa y no subsidiaria por las obligaciones sociales.

En las antípodas, se encuentran otros doctrinarios (Gabriela Boquín (9), Cecilia Inés Morach (10), entre otros) quienes sostienen la aplicación del art. 160, LCQ, al ser la responsabilidad de los socios –desde el origen– ilimitada; situación que no ha variado.

Los principales argumentos son:

- la ilimitación de la responsabilidad no está sujeta a la naturaleza de la obligación que, siendo solidaria o mancomunada, puede implicar una responsabilidad limitada o ilimitada por estos conceptos ajenos a la solidaridad o mancomunación;

- los socios de las sociedades informales tienen una responsabilidad mancomunada pero ilimitada pues responden con todo su patrimonio por la porción que les corresponde.

### **c.- Nuestra opinión**

#### *c.1.- Preliminares*

Anticipamos nuestra adhesión con la postura minoritaria y, por lo tanto, que la quiebra se les extiende a los socios de la sociedad informal en los términos del art. 160, LCQ.

Este aspecto de la responsabilidad patrimonial de los socios no ha sufrido cambios.

En efecto, aun con el nuevo régimen, los socios mantienen su responsabilidad patrimonial por las deudas de la sociedad de manera ilimitada.

Ha mutado la regla general: de la “solidaridad” se ha pasado a la “simple mancomunación”; consagrándose, además, la subsidiariedad.

---

(9) “La extensión de la quiebra de las sociedades de la sección IV” en IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia, tomo IV, ps. 343 y ss.

(10) “Responsabilidad de los socios de la sección IV de la ley general de sociedades y extensión de quiebra” en *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II, ps. 1139 y ss.

Para una mejor comprensión del problema y su solución, veamos a continuación cómo juegan los diferentes conceptos involucrados en el tema que nos convoca.

En el Derecho privado argentino, la responsabilidad de cualquier sujeto de derecho puede ser:

a. *solidaria o simplemente mancomunada* (arts. 825 a 827, Cód. Civ. y Com.),

b. *ilimitada o no, y*

c. *directa o subsidiaria*.

Estos términos requieren ser explicados:

- La *solidaridad* supone la existencia de dos o más deudores, e implica que el total de la deuda puede ser exigida por el acreedor a uno solo de los deudores, a algunos de ellos, o a todos a la vez, conjuntamente. P. ej., si A, B y C deben solidariamente \$ 100, el acreedor puede exigirle los \$ 100 a los tres conjuntamente; a solo dos de ellos o, finalmente, a uno cualquiera de los tres y no a los otros. Consecuentemente, respecto a la exigibilidad de la deuda con el tercero-acreedor, A, B y C se encuentran en pie de igualdad: el acreedor puede reclamar el pago de la deuda a cualquier de ellos exclusivamente, o dos de ellos en forma conjunta (que responden en forma solidaria como deudores) o a los tres a la vez.

- La expresión *ilimitada* está vinculada a los bienes sobre los cuales puede el acreedor cobrarse; la responsabilidad es *ilimitada* cuando todo el patrimonio del deudor responde por la deuda. En cambio, la responsabilidad es *limitada* cuando solo un determinado bien o una parte del patrimonio del obligado responde por la deuda. P. ej., el socio de la *sociedad anónima regularmente constituida* responde por las deudas de la sociedad en forma limitada, pues su responsabilidad se restringe al capital social suscrito; en otras palabras, si el socio se comprometió a aportar un auto a la sociedad, hecho el aporte (y producida la transferencia de la propiedad del bien al patrimonio social), el *acreedor de la sociedad* solo puede cobrar su crédito embargando y ejecutando los bienes sociales (entre los cuales está el vehículo aportado por el socio), pero no puede ejecutar ni embargar bienes de los accionistas, pues la responsabilidad de los socios es *limitada*. En cambio, la sociedad anónima responde de manera ilimitada, con todo su patrimonio, y el acreedor puede embargar cualquier bien o todos los bienes del patrimonio social.

- La expresión responsabilidad *directa* se opone a responsabilidad *subsidiaria*. Es *directa* cuando el acreedor de los deudores A, B y C -para el

cobro de la deuda- puede dirigirse contra cualquiera de ellos sin requerírsele que previamente intente cobrar con los bienes de alguno de los otros. Es *subsidiaria* cuando el acreedor debe ejecutar primero los bienes de A y, luego, de ser estos insuficientes y quedar saldos insolutos, puede dirigirse contra los bienes de B y C; p. ej., es subsidiaria la responsabilidad del socio de la sociedad colectiva por las deudas sociales (art. 125, LGS); o la del fiador simple con respecto a las deudas contraídas por el deudor garantizado (art. 1583, Cód. Civ. y Com.); etcétera.

### c.2.- Conclusión

De acuerdo con los argumentos esgrimidos, entendemos errónea la postura que concluye que el art. 160, LCQ, no se aplica, como regla, a los socios de las sociedades informales.

Los corifeos de esta tesis no conceptualizan jurídicamente de manera correcta la idea de “responsabilidad patrimonial ilimitada”.

En nuestra modesta opinión, es un error creer que la “ilimitación de la responsabilidad” tiene que ver con el hecho de que el socio deba “afrontar todo el pasivo social”.

Este argumento que propugna la postura doctrinaria “mayoritaria” antes mencionada no surge del ordenamiento jurídico (LGS, LCQ, Cód. Civ. y Com.).

En otras palabras, que el socio tenga “responsabilidad ilimitada” se vincula con la idea según la cual el deudor *debe responder con todo su propio patrimonio* (11) aunque sea de manera simplemente mancomunada y no implique hacerse cargo de todo el pasivo social.

Finalmente, y para despejar todo tipo de dudas, diremos a todo evento que tampoco se vincula el concepto de “ilimitación” de la responsabilidad con la idea de “solidaridad”, ni mucho menos con la ausencia o no de “subsidiariedad”.

Como lo manifestamos precedentemente, se trata de conceptos distintos, que deben ser correctamente aplicados.

Por lo tanto, nuestra opinión es que la interpretación y aplicación del art. 160, LCQ, no ha sufrido cambios, a pesar de la reforma al régimen societario. ♦

---

(11) MORACH, Cecilia I., “Responsabilidad de los socios de la sección IV de la ley general de sociedades y extensión de quiebra” en *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado*, XIII Congreso Argentino de Derecho Societario y IX Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, tomo II, p. 1147.

# LA ADQUISICIÓN DE ACCIONES POR LA SOCIEDAD EMISORA

POR GUILLERMO CABANELLAS (H)

## 1. Introducción

La posibilidad de que la sociedad anónima adquiera las acciones que ella misma ha emitido da lugar a complejas cuestiones jurídicas, que reciben un tratamiento muy disímil en los distintos ordenamientos societarios (1).

La ley 19.550 adoptó una posición altamente restrictiva de estas operaciones. Con posterioridad, las normas regulatorias del mercado de capitales, y particularmente la ley 26.831, extendieron, en el marco de las sociedades que efectúan oferta pública de sus acciones, la posibilidad de adquisición de sus acciones por la sociedad emisora. Sin embargo, la legislación vigente continúa siendo marcadamente más limitativa en esta

---

(1) Respecto de la adquisición de acciones por la sociedad que las ha emitido, cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 370 y ss.; GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, Abeledo Perrot, 1998, p. 187 y ss.; GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, *La compra de sus propias acciones por una sociedad anónima*, LL 1980-B-88; GARCÍA VILLAVARDE, Rafael, "Adquisición y aceptación en garantía por la sociedad de las propias en acciones", en ALONSO UREBA, Alberto y otros, *Derecho de sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1994, t. II, Vol. 2, p. 1333; FLORES DOÑA, M. S., "Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias", en ALONSO UREBA, Alberto y otros, *Derecho de sociedades...*, cit. , p. 1383; GARCÍA LUENGO, Ramón B., "Sociedad dominante, persona interpuesta y sanciones en el régimen jurídico de los negocios sobre las propias acciones", ibídem, p. 1495; VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones*, Lex Nova, Valladolid, 1985; FERRO-LUZZI, Paolo, "L' antropofagia societaria; riflessioni sulla natura e sulle vicende delle azioni proprie in portafoglio", en *Rivista delle Società*, 2001, t. 46, p. 1276; BOCHICCHIO, F., *Buy back e riduzione del capitale sociale*, Cedam, Padua, 2000; CARBONETTI, Francesco, *L'acquisto di azioni proprie*, Giuffrè, Milán, 1988; CERRATO, Stefano A., "Le azioni proprie tra diritto interno riformato e prospettive comunitarie", en *Rivista delle Società*, 2004, t. 49, p. 330; GRIPPA, C., "Le modalità di acquisto di azioni proprie da parte di società quotate", en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto General degli Obbligazioni*, 2003, p. 729; FRIED, Jesse M., "Open market repurchases: signaling or managerial opportunism", en *Theoretical Inquiries in Law*, 2001, t. 2, p. 865; SONG, Ok-Rial, "Hidden social costs of open market share repurchases", en *The Journal of Corporation Law*, 2002, t. 27, p. 425.

materia que los principales sistemas existentes en el Derecho Comparado. Como consecuencia lógica de esas diferencias jurídicas, también la utilización de este tipo de operaciones es relativamente inusual en los mercados de capitales argentinos.

## **2. Normativa vigente**

El art. 220 de la Ley General de Sociedades (LGS) dispone que la sociedad puede adquirir acciones que emitió, solo bajo las siguientes condiciones: 1º) para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; 2º) excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria; 3º) por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

El art. 221 de la misma ley complementa estas disposiciones, ordenando que el directorio enajenará las adquisiciones adquiridas en los supuestos 2º y 3º del artículo anterior dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Se aplicará el derecho preferente previsto en el art. 194 de la LGS. Los derechos correspondientes a esas acciones quedarán suspendidos hasta su enajenación; no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría.

Adicionalmente, el art. 222 de la LGS establece que la sociedad no puede recibir sus acciones en garantía.

Por su parte, la ley 26.831, siguiendo el enfoque ya adoptado por el llamado Decreto de Transparencia, extiende la posibilidad de adquisición de las “acciones propias”, a favor de las sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública. Su art. 64 dispone que una sociedad anónima podrá adquirir las acciones que hubiera emitido, en tanto estén admitidas a la oferta pública y listadas por parte de un mercado, bajo las condiciones previstas en ese artículo y aquellas que determine la Comisión Nacional de Valores. La reglamentación deberá respetar el principio de trato igualitario entre todos los accionistas y el derecho a la información plena de los inversores.

Según el mismo artículo, son condiciones necesarias para toda adquisición de sus acciones por la sociedad emisora las siguientes:

- a) Que las acciones a adquirirse se hallen totalmente integradas;
- b) Que medie resolución fundada del directorio con informe del comité de auditoría y de la comisión fiscalizadora. La resolución del directorio

deberá establecer la finalidad de la adquisición, el monto máximo a invertir, la cantidad máxima de acciones o el porcentaje máximo sobre el capital social que será objeto de adquisición y el precio máximo a pagar por las acciones, debiendo el directorio brindar a accionistas e inversores información amplia y detallada;

c) Que la adquisición se efectúe con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres o facultativas, debiendo la sociedad acreditar ante la Comisión Nacional de Valores que cuenta con la liquidez necesaria y que dicha adquisición no afecta la solvencia de la sociedad;

d) Que el total de las acciones que adquiera la sociedad, incluidas las que hubiera adquirido con anterioridad y permanecieran en su poder, en ningún caso excedan del límite del diez por ciento del capital social o del límite porcentual menor que determine la Comisión Nacional de Valores teniendo en cuenta el volumen de negociación de las acciones en cuestión.

El art. 65 de la ley 26.831 prevé que las acciones adquiridas por la sociedad en exceso de los límites indicados en el artículo anterior deberán ser enajenadas en el término de noventa días hábiles contados a partir de la fecha de la adquisición que hubiere dado origen al exceso en la forma dispuesta en el inc. d) del art. 64; ello sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda imputar a los directores de la sociedad.

Conforme con el art. 66 de la misma ley, las operaciones celebradas con motivo de la adquisición de acciones de propia emisión podrán llevarse a cabo mediante operaciones en el mercado o a través de una oferta pública de adquisición. En el caso de adquisiciones en el mercado, el monto de éstas realizadas en un mismo día no podrá ser superior al 25% del volumen promedio de transacción diario que hayan experimentado las acciones de la sociedad durante los noventa días hábiles anteriores. En cualquier caso, la Comisión Nacional de Valores podrá requerir que tal compra se ejecute mediante una oferta pública de adquisición cuando las acciones a ser adquiridas representen un porcentaje importante con relación al volumen promedio de negociación.

En materia de consecuencias de la adquisición, el art. 67 de la ley 26.831 dispone que las acciones adquiridas en virtud de lo dispuesto en los anteriores arts. de esa ley deberán ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo máximo de tres años a contar de su adquisición. Transcurrido el plazo indicado y no mediando resolución asamblearia, el capital quedará disminuido de pleno derecho en un monto igual al valor nominal de las acciones que permanezcan en cartera, las cuales quedarán canceladas. Al tiempo de

enajenarlas, la sociedad deberá realizar una oferta preferente de las acciones a los accionistas en los términos establecidos en el art. 221 de la LGS. No será obligatoria esa oferta cuando se trate de cumplir un programa o plan de compensación a favor de personal dependiente de la sociedad o las acciones se distribuyan entre todos los accionistas en proporción a sus tenencias o respecto de la venta de una cantidad de acciones que dentro de cualquier período de doce meses no supere 1% del capital accionario de la sociedad, siempre que en tales casos se cuente con la previa aprobación de la asamblea de accionistas.

Si los accionistas no ejercieren, en todo o en parte, el derecho preferente establecido en el párrafo anterior, o se tratara de acciones que se encuentran dentro del cupo allí mencionado, la enajenación deberá efectuarse en un mercado.

El Título II, Capítulo I, de las Normas de la Comisión Nacional de Valores (t.o. en 2013 y sus modificaciones) incluye reglas respecto de la adquisición de acciones por las emisoras.

### **3. La función de la adquisición de acciones por la sociedad emisora**

El Derecho argentino, y los que siguen un enfoque similar, adoptan una actitud restrictiva respecto de la posibilidad de que la sociedad anónima adquiera las acciones que ha emitido (2). Sin embargo, no son claros los motivos de esta posición; en el Derecho Comparado, estas operaciones suelen ser marcadamente más frecuentes en otros regímenes, particularmente en el Derecho estadounidense, y especialmente en las sociedades que efectúan oferta pública de sus acciones.

Halperín (3) señala que las restricciones que pesan sobre la sociedad, en cuanto a la adquisición de sus propias acciones, son “una verdadera incapacidad de la sociedad, creada(s) por la ley en protección de la misma sociedad y de los terceros acreedores”. Cita a Fischer, en cuanto “señala que el fundamento real no está en la protección de la integridad de capital, sino de los terceros adquirentes de las acciones, cuyo precio es ‘maquinado’ con esas adquisiciones, y de los acreedores de la sociedad, porque ésta perjudica su situación económica con esa compra de papeles”.

---

(2) La Exposición de Motivos de la ley 19.550 “Cap. II, Sec. V, VI. 6” señala que la adquisición de sus acciones por la sociedad anónima se admite solo “en los casos excepcionales y taxativamente indicados” allí previstos. Cfr. asimismo ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos de Derecho Societario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, t. II, Vol. 2, p. 245, quienes citan a GARRIGUES en cuanto señala que la adquisición de acciones por parte de la sociedad emisora “se ha mirado con desconfianza por el legislador”.

(3) HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., ps. 370 y 371.

Gagliardo (4) cita a Fernández en cuanto señalaba que “se preserva la intangibilidad del capital social y la garantía de los terceros, inclusive acreedores; sin perjuicio de ello, si se efectuaba con los recaudos (exigidos), no existía la posibilidad de detrimento alguno. Entendía que se trataba de un principio de orden público, inderogable por cláusula estatutaria o resolución asamblearia, interpretándose años después que la norma no era una prohibición de compra, sino una facultad del directorio en determinadas condiciones”.

Nissen (5), siguiendo a Velasco San Pedro, señala los peligros que entraña esta operación, particularmente “el de los acreedores sociales, cuando la adquisición de las propias acciones por la sociedad emisora se realiza con bienes de su capital social, cual puede suponer una reducción virtual del mismo, sin las garantías que generalmente se prevé para el supuesto. Por otro lado, de permitirse a la sociedad ser socia de sí misma, los administradores tendrían un poder enorme que se prestaría a la consumación de abusos intolerables, pues ellos ejercerían la representación de la sociedad en la adopción de los acuerdos sociales, sin asumir las responsabilidades correspondientes por la ilegitimidad de las mismas”.

Roitman (6) identifica dos fundamentos para las limitaciones que pesan sobre la sociedad respecto de la adquisición de las acciones que ha emitido. En primer lugar, se busca preservar la intangibilidad del capital social, pues esa adquisición podría implicar una reducción implícita del capital social. En segundo lugar, se busca proteger la confianza del público en general, “sobre todo en el caso de sociedades que captan el ahorro público, ya que mediante la adquisición de las propias acciones, la sociedad podría influir en la cotización de los títulos, aparentando una prosperidad inexistente”.

Sin embargo, en el Derecho Comparado actual, la tendencia es a una admisión y utilización creciente de la adquisición de acciones por la sociedad emisora, particularmente en las sociedades que cotizan en bolsa (7). En los grandes mercados bursátiles, las sociedades que allí cotizan hacen públicos sus planes de “recompra” de acciones, que forman parte de las operaciones normales de esas sociedades.

---

(4) *Ibíd.*, p. 189.

(5) NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, t. 3, p. 273.

(6) ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. 3, p. 726.

(7) Cfr. HENN, Harry G. y ALEXANDER, John R., *Laws of corporations and other business enterprises*, Minn: West Pub. Co., Saint Paul, 1983, ps. 936 y ss.

A fin de analizar y evaluar estas operaciones y las reglas que las gobiernan, puede partirse del examen de sus efectos sobre la composición patrimonial de la sociedad. En cuanto organización empresarial, la sociedad puede tener variables necesidades patrimoniales. Una manera de ampliar los activos, así como el patrimonio neto, es la oferta y suscripción de sus acciones. Similarmente, una forma de reducir los activos, y también el patrimonio neto, es la adquisición de las acciones que antes ha emitido; se trata de la operación inversa a la de incremento del capital mediante suscripción de acciones.

Sobre esta base, cabe preguntarse cuál sería el motivo de permitir que el patrimonio evolucione en un sentido y no en el otro, siendo que ambos cambios pueden responder a la conveniencia de ajustar la estructura patrimonial de la sociedad a sus actividades. La respuesta inicial viene dada por el hecho que, en los sistemas societarios contemporáneos, una vez que la sociedad alcanza un patrimonio, este solo puede ser reducido, transfiriendo activos a los socios, mediante mecanismos fijados y acotados por la ley, particularmente los dividendos, la reducción de capital y la liquidación de la sociedad. La adquisición por la emisora de acciones que ella ha emitido tiene como efecto reducir los activos (8) y el patrimonio neto de la sociedad (9), por lo que, coherentemente con la regla precedente, esa adquisición solo es admitida si conduce a resultados coherentes con esa regla (10) o si sus efectos son neutralizados mediante una operación inversa, o sea la recolocación de las acciones (11). Desde esta perspectiva, los límites que pesan sobre la adquisición de acciones por la sociedad emisora se dirigen a la protección de los acreedores de la sociedad (12), como en los restantes casos de reglas que tutelan el nivel de patrimonio neto de la sociedad.

Sin embargo, este no es único fundamento de las restricciones que pesan sobre las adquisiciones aquí analizadas. También se busca evitar la alteración de la estructura orgánica de la sociedad. Cuando la sociedad adquiere las acciones que ha emitido, potencialmente sus administrado-

---

(8) La adquisición de acciones implica la salida de los activos con los que se paga por tal adquisición, y el ingreso de acciones, que contable y patrimonialmente se neutralizan con la cuenta de capital de la sociedad. El resultado neto es una salida de activos y una caída en la cuenta de capital y en el patrimonio neto de la sociedad.

(9) Ver nota precedente.

(10) Cfr. el art. 220, inc. 1), de la LGS.

(11) *Ibidem.*, art. 221.

(12) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 5, quien señala que el peligro más característico derivado de la adquisición por la sociedad emisora de sus propias acciones, es el que pesa sobre los acreedores de esa sociedad.

res tendrían la posibilidad de ejercer los derechos políticos emanados de tales acciones, utilizando así sus atribuciones en cuanto administradores para adquirir poder de voto en la asamblea de la sociedad. Esta tergiversación es evitada mediante la suspensión de los derechos de las acciones así adquiridas (13).

También se da, como argumento a favor de la restricción de estas adquisiciones, el de la asimetría de información entre la sociedad adquirente y quien negocia sus acciones a favor de la sociedad (14). Pero este argumento es criticable en sí mismo y además no concuerda con la conformación de los regímenes legales en la materia. La asimetría de información que efectivamente incide en estos casos –pues la sociedad cuenta con pleno conocimiento de su situación patrimonial y condiciones empresarias, conocimiento que solo imperfectamente se transmite a los accionistas– es la misma que existe en muchos otros casos que no sufren restricciones, como la propuesta de suscripción de acciones, entre otras posibles operaciones que inciden sobre los movimientos del capital de la sociedad. Además, la asimetría enfrenta, por una parte, al conjunto de los accionistas, en cuanto sus intereses se ven reflejados por el de la sociedad, y por la otra, al accionista que acepta transferir sus acciones a la sociedad. Por lo tanto, si el accionista vendedor se ve perjudicado, lo es en relación con los restantes accionistas que deciden no participar en operaciones similares, por lo que, en definitiva, el accionista que se ve perjudicado por este tipo de operaciones es el que cuenta con menor información que los restantes accionistas o que, por razones propias –dificultades financieras, etc.–, decide vender sus acciones cuando los demás no lo hacen. Pero estas son causas derivadas de la esfera interna del vendedor, que colocan a este en inferioridad de condiciones, sea que transfiera las acciones a la sociedad o a otra persona. Por lo tanto, si se han cumplido las reglas respecto de la divulgación a los accionistas de la información originada en la sociedad, no hay motivos especiales para proteger a los potenciales vendedores de sus acciones en los casos de compra por la sociedad.

Por otra parte, si este posible motivo fuera parte de los fundamentos del régimen vigente debería existir una prohibición general de estas operaciones, o al menos un mecanismo destinado a evitar la asimetría de información antes apuntada. Sin embargo, no es esa la normativa vigente, que apunta a evitar la contracción patrimonial de la sociedad y el ejercicio de los derechos del accionista por los órganos de administración.

---

(13) Cfr. el art. 221 de la LGS, 2º párr.

(14) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., ps. 57 y ss.

Otra posible justificación de las restricciones vigentes en esta materia es la posibilidad de que las adquisiciones de acciones sean utilizadas para manipular e interferir en los mercados correspondientes a tales acciones (15). Pero, en realidad, este tipo de manipulación puede ser realizada por cualquier accionista con importantes tenencias de títulos de la sociedad, particularmente –en la realidad argentina– los que compongan el grupo controlante. De allí que el remedio contra estas distorsiones no se encuentre en el régimen aquí analizado, sino en el general en materia de oferta pública, que pesa sobre la compra de adquisiciones por la sociedad emisora y sobre cualquier otra operación susceptible de ser calificada como contraria a la transparencia de los mercados.

Las operaciones aquí analizadas son ampliamente utilizadas, en los principales mercados de capitales del mundo, por motivos legítimos. El principal, en la actualidad, es como instrumento impositivamente conveniente, para canalizar fondos de la sociedad a los accionistas, dentro de los límites establecidos en materia de distribución de utilidades y reducción de capital. La sociedad adquirente se desprende de los activos con los que adquiere las acciones mediante compras de ellas en los mercados de valores, y los accionistas que consideran conveniente el precio ofrecido se desprenden de sus acciones. Los restantes accionistas se benefician en razón de la disminución del número de acciones; al retener cierta cantidad de ellas, como parte de un capital disminuido, su participación proporcional en el capital crece (16) y también lo hace, normalmente, el precio de mercado de las acciones así retenidas (17).

La posible conveniencia de este tipo de operaciones se puede apreciar comparándolas con la distribución de dividendos. En la adquisición de acciones por la sociedad emisora se produce una salida de activos para la sociedad y disminuye la cantidad de acciones; en cambio, en los dividendos, la salida de activos no está acompañada por la disminución en la cantidad de acciones. En el primer caso, los accionistas no participantes en la operación se benefician indirectamente en virtud del efecto atribuible a su mayor participación proporcional en la sociedad; en el segundo, todos los accionistas se benefician inmediatamente a través de la percepción de dividendos (18).

---

(15) Cfr. la n. 6, *supra*.

(16) Es la situación inversa a la dilución del capital que tiene lugar cuando la sociedad aumenta tal capital emitiendo nuevas acciones.

(17) Este efecto no es automático, sino que depende del impacto de la salida de activos “como consecuencia de la adquisición de acciones” sobre la rentabilidad de la sociedad. El efecto será favorable en la medida en que la caída proporcional en el número de acciones sea superior a la caída proporcional en las ganancias netas de la sociedad.

(18) Debe observarse que, en uno y otro caso, los accionistas sufren un perjuicio no inmediatamente apreciable, consistente en el menor valor del patrimonio neto de

En principio, por aplicación del llamado teorema de Modigliani y Miller (19), debería ser indistinto para el interés de los accionistas el que el flujo de ganancias de la sociedad les sea canalizado a través de dividendos o de adquisición de acciones. Sin embargo, en el marco real de los mercados financieros no existe tal indiferencia. En diversos países, particularmente en los Estados Unidos, la distribución de dividendos puede resultar más gravosa para los accionistas que la recompra de acciones, y de allí que las empresas cotizadas anuncien y lleven a cabo planes sistemáticos de readquisición de acciones (20).

Las adquisiciones de acciones, aquí consideradas, pueden responder a otros motivos lícitos (21), entre los que cabe mencionar los siguientes:

- Para facilitar fusiones (22), particularmente cuando se adquieren así las acciones de la sociedad absorbente, que previamente hayan recibido los accionistas de la sociedad absorbida, evitando así el agudamiento del capital de la primera sociedad (23).

---

la sociedad, como consecuencia de los activos dados en pago por las acciones o entregados como dividendos. El verdadero beneficio para los accionistas se ha originado en virtud de las ganancias registradas por la sociedad, y tanto la adquisición de acciones como la distribución de dividendos no son sino mecanismos para exteriorizar y canalizar las ganancias incorporadas al patrimonio social.

Cabe señalar que, en el caso de distribución de beneficios mediante la adquisición de acciones, los accionistas que deciden vender sus acciones a la sociedad renuncian implícitamente a participar en los beneficios futuros de la sociedad, y en el mayor precio que tendrían sus acciones "de retenerlas" debido a la reducción del número de acciones en circulación. Pero como esta venta es voluntaria, debe entender que estos accionistas prefieren percibir inmediatamente el precio ofrecido por la sociedad, en lugar de permanecer en ésta a la expectativa de los mayores dividendos y valores por acción que podrían esperar como consecuencia de la reducción del capital social.

(19) Cfr. MODIGLIANI, Franco y MILLER, Merton H., "The cost of capital, corporation finance and the theory of investment", en *American Economic Review*, 1958, t. 48, N° 3, p. 261.

(20) El impacto efectivo de una y otra forma distribución de utilidades depende de las circunstancias concretas de la sociedad y sus accionistas. Estos registran ganancias de capital que no serán inmediatamente gravadas, salvo que el accionista decida desprenderse de sus tenencias. Por otra parte, si la sociedad se encuentra en expansión y busca así aumentar su patrimonio neto, no tendría mayor sentido distribuir activos a los socios.

(21) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 68 y ss.

(22) Ídem.

(23) Se está ante un mecanismo indirecto de adquisición de la sociedad absorbida por la sociedad absorbente, que puede resultar aconsejable, entre otros motivos, por razones tributarias.

- Entregando obligaciones en pago de las acciones. En este caso se está ante una operación que no disminuye el activo de la sociedad adquirente, pero recompone su pasivo, aumentando el apalancamiento, para lo cual deberá cumplirse con los requisitos propios de las reducciones de capital (24).

- Como medio para la gradual liquidación de la sociedad (25).

- Como instrumento para planes de compensación del personal. Esta función está expresamente prevista en el art. 67 de la ley 26.831. La sociedad adquiere acciones que mantiene en su patrimonio, y que distribuye luego a sus empleados en función de los mencionados planes (26).

- Como medio de defensa respecto del ingreso de accionistas no deseados o respecto de cambios de control (27). Al adquirir acciones en circulación, la sociedad aumenta la participación proporcional de los socios que no venden sus acciones a la sociedad, obstaculizando la posibilidad de que terceros pasen a adquirir una participación controlante. Además, mediante esas adquisiciones, la sociedad puede impedir operaciones concretas, en las que los accionistas puedan vender sus acciones a terceros no considerados como socios deseables por los restantes o por las autoridades de la sociedad. Esta puede tener, a tal fin, relaciones contractuales con determinados accionistas –opciones de compra, por ejemplo, o restricciones contractuales sobre la transferencia de acciones–, tales que la sociedad ejerza sus derechos bajo esas relaciones de forma de impedir el ingreso de ciertos terceros y adquiriendo a tal fin las acciones que dichos terceros deseaban adquirir (28).

---

(24) Obsérvese que en este caso la reducción de capital no se realiza con cargo a utilidades acumuladas, sino que tal reducción tiene su contrapartida en el aumento de las obligaciones de la sociedad. La operación puede requerir otros ajustes contables, particularmente cuando el valor nominal de las obligaciones excede del valor nominal de las acciones retiradas.

(25) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 70.

(26) Este tipo de planes y de utilización de la recompra de acciones no es posible bajo el régimen de la LGS, por lo que queda reservado para las sociedades comprendidas bajo la ley 26.831. En el régimen de la LGS, las acciones adquiridas por la sociedad son canceladas, o bien puestas nuevamente en circulación mediante alguno de los mecanismos que prevé esa ley, que no incluyen el de planes de compensación tales como los descritos en el texto.

(27) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., ps. 72 y ss.

(28) Ídem. La validez de estas prácticas es limitada. Los órganos societarios no tienen, como función normal, incidir en la composición del elenco de socios de la sociedad, composición que es generalmente un presupuesto, en base al cual deben

- Evitación de daños a la sociedad (29). Esta función es de especial interés, pues uno de los supuestos incluidos en el art. 220 de la LGS requiere, como uno de los elementos que permite a la sociedad adquirir las acciones que ha emitido, el “evitar un daño grave”. No es fácil definir y delimitar estos daños (30). Como se verá al examinarse el inc. 2) del citado artículo, debe tratarse de un daño a la sociedad, apreciado con el criterio del interés social (31).

#### **4. La adquisición de acciones por la sociedad emisora frente a los principios generales del Derecho Societario**

Las operaciones aquí analizadas han sido objetadas, desde diversas perspectivas, por entrar necesaria o potencialmente en conflicto con diversos principios básicos del Derecho Societario (32).

Desde esta perspectiva, se objeta que la sociedad “sea socia de sí misma”. A fin de analizar esta objeción, deben advertirse dos de sus aspectos. Desde un ángulo conceptual, que se manifiesta en el plano contable, la sociedad tendría entre sus activos ciertos derechos ejercitables contra su propio patrimonio. Una debida exposición contable de esta situación conduce a eliminar del activo y pasivo de la sociedad las acciones de propiedad de esta, o sea, en definitiva, a negar la existencia jurídica y patrimonial de tales acciones. Pero no puede ignorarse que es posible, a costa de una exposición contable irregular y de una situación patrimonial potencialmente engañosa, preservar la existencia jurídica de las acciones

---

actuar los integrantes de esos órganos. Más aún, la regla básica en la que operan tales órganos es la de libertad de transferencia de las acciones. Por lo tanto, la utilización de la adquisición de acciones de la sociedad emisora, para impedir u “ordenar” el ingreso de nuevos accionistas solo es válida si responde a cláusulas estatutarias o a restricciones convencionales legítimas, particularmente a la luz del interés societario. Los órganos de la sociedad, particularmente los de administración, no tienen un “derecho de veto”, derivado de su cargo, en cuanto a la conformación del elenco de socios.

Estos límites son de especial importancia a la luz de la experiencia en ciertos países, donde la “defensa de la sociedad contra agentes externos” ha implica la protección de los administradores contra la posibilidad de la formación de grupos de accionistas con capacidad fáctica para desplazarlos. No es el interés de la sociedad, sino el de los administradores, el que se intenta custodiar en esos casos, distorsionando la composición del patrimonio de la sociedad a tal fin.

(29) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., ps. 74 y 75.

(30) Ídem.

(31) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 372.

(32) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 23 y ss.

en poder de la sociedad emisora –sin compensarlas con el capital–, posibilitando a los administradores ejercer los derechos derivados de esas acciones. Justamente, porque esto es fáctica y conceptualmente posible, las normas lo prohíben.

Ello nos lleva al segundo aspecto de esta objeción, que es la determinación del motivo funcional de estas prohibiciones. Una explicación, como queda dicho, es la preservación de la coherencia de la exposición contable de la situación patrimonial de la sociedad. Asimismo, desde el punto de vista fáctico, el que la sociedad “sea socia de sí misma” implica transferir a los administradores un poder en el órgano de gobierno que no hace a su función, sino que es un desvío y una apropiación infundada de los derechos que corresponden a los accionistas de la sociedad, aprovechando las atribuciones generales de administración y representación que les han sido adjudicadas –en cuanto órganos societarios– con otros motivos.

Otra objeción conceptual es la existencia de una hipotética confusión, extintiva de las relaciones jurídicas pertinentes, al ser la sociedad deudora y acreedora respecto de las mismas relaciones (33). Esta confusión se reflejaría en los estados contables, al figurar las mismas acciones en el activo y en el pasivo de la sociedad, en este último caso como parte de la cuenta de capital.

Por diversos motivos, esta supuesta confusión no es tal. Las acciones no son un derecho contra la sociedad, sino unidades representativas de conjuntos complejos de derechos, algunos de los cuales implican obligaciones de la sociedad y otros que solo conllevan el que la sociedad deba reconocer ciertas atribuciones y relaciones jurídicas, sin ser ella la obligada (como sucede, particularmente, con los derechos políticos del accionista). Por lo tanto, la titularidad de las acciones por la sociedad no implica confusión ni impide ejercer los derechos derivados de esas acciones. Justamente, la falta de ese impedimento es lo que hace necesarias normas que, por razones funcionales, prohíban el ejercicio de los derechos derivados de las acciones en poder de la sociedad. Desde el punto de vista contable, la exposición de las acciones en el Debe y en el Haber no implica confusión en el sentido jurídico, pues esa exposición en el pasivo no corresponde a obligaciones de la sociedad sino a un uso contable que algunos sistemas no recogen, como en los casos en que se contabiliza el patrimonio neto de la sociedad, exponiéndose fuera del balance su composición en forma de acciones emitidas y otros elementos.

---

(33) *Ibidem*, p. 26 y ss.

También se opone la objeción en el sentido que la sociedad carecería de capacidad para concretar este tipo de operaciones (34). Pero esta objeción parte de una concepción inadecuada de la capacidad de las sociedades, al menos en los sistemas jurídicos contemporáneos. El objeto de las sociedades, que generalmente no incluye la compra de acciones emitidas por la sociedad dentro de sus límites, describe una actividad productiva que permitirá a la sociedad generar beneficios. Pero el objeto, así delimitado, no describe a la totalidad de las actividades que llevará a cabo la sociedad para su realización. Una sociedad que tiene por objeto producir artículos de plástico deberá construir instalaciones, establecer redes de distribuciones, organizar el suministro de insumos, entre muchos otros actos que quedan jurídicamente comprendidos en el marco del objeto debido a ser conducentes a su realización. Lo mismo sucede con la organización financiera y los actos relativos a su funcionamiento, que presentan toda sociedad mínimamente significativa. Una sociedad maneja cuentas bancarias y emite títulos de deuda no porque esas actividades constituyen su objeto, sino porque son medios para la realización de tal objeto. La adquisición de acciones por la sociedad emisora forma parte de las actividades mediante las cuales la sociedad reestructura su capital, en función de las consideraciones respecto de la conveniencia de tales operaciones que han sido efectuadas en el apartado 3 de este estudio. El carácter económicamente abstracto de la generalidad de las operaciones financieras permite que mecanismos tales como la adquisición de acciones por la sociedad emisora sean susceptibles de ser conducentes a la realización del objeto de todo tipo de sociedades. Esas operaciones podrán ser impugnadas en cuanto inconvenientes para el interés societario, pero difícilmente lo serán en cuanto incompatibles con el objeto de la sociedad. La experiencia en la Argentina y en el Derecho Comparado pone de manifiesto esta relación entre el objeto societario y las adquisiciones aquí consideradas, al menos bajo los sistemas societarios contemporáneos, pues no es fácil encontrar casos de impugnación de estas operaciones, por el motivo descripto, en el Derecho Comparado contemporáneo.

A fin de analizar los efectos de la adquisición de acciones por la sociedad emisora, debe determinarse el encuadramiento jurídico que corresponde a esas acciones mientras permanecen en poder de la sociedad. Las acciones son participaciones que reflejan una unidad cuantificada del conjunto de derechos que un socio tiene en el marco de cierta organización societaria. Por los distintos motivos enumerados en el apartado 3, supra, cuando esas acciones son readquiridas por la sociedad emisora dejan de reflejar la participación en los derechos de un socio. Esos derechos

---

(34) *Ibidem*, p. 28 y ss.

quedan, cuanto menos, suspendidos. La acción sigue existiendo, y es susceptible de contabilización, en cuanto refleja ciertas particularidades en la conformación financiera de la sociedad, y la posibilidad de que vuelva a cumplir sus funciones características, cuando pase nuevamente a manos de accionistas distintos de la propia sociedad.

## 5. Modalidades de la adquisición de acciones por la sociedad emisora

El examen de las diferentes modalidades de adquisición de acciones por la sociedad emisora permite advertir los límites y consecuencias del régimen legal en la materia.

- Adquisición originaria y derivada. En la adquisición originaria, la sociedad suscribe las acciones que ella misma emite (35); en la derivada, adquiere acciones que ya están en circulación y que fueron previamente suscriptas por otra persona (36).

A nuestro entender, no es admisible en el Derecho argentino la adquisición originaria así descripta (37). Esa adquisición no encuadra en ninguno de los incs. del art. 220 de la LGS; no son acciones en circulación y, además, la precede un aumento de capital, no una reducción. La suscripción de estas acciones origina inmediatamente una confusión de créditos y deudas en cabeza de la sociedad, desvirtuando el proceso de formación del capital. Crea en terceros y a nivel contable imágenes completamente engañosas respecto del curso del proceso de aumento de capital –que tiene lugar, en estos casos, en forma jurídicamente aparente, pero no financieramente real– y sobre la conformación del patrimonio neto de la sociedad.

- Adquisiciones onerosas y gratuitas. Aunque existen posiciones en la doctrina que consideran que las adquisiciones a título gratuito no están comprendidas en las restricciones que pesan sobre las adquisiciones de acciones por el emisor (38), la posición predominante es que uno y otro tipo de adquisición están sujetos a las restricciones mencionadas (39).

(35) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 727.

(36) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 19.

(37) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 727.

(38) Cfr. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 263.

(39) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 726; VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 19 (indicando, sin embargo, que las restricciones son menos amplias cuando se trata de adquisiciones a título gratuito).

En el marco del Derecho argentino, consideramos que ambos tipos de adquisiciones quedan sujetas al régimen especial vigente en la materia. Este no distingue entre uno y otro tipo de operación, siendo el elemento determinante de la aplicación de ese régimen el de “adquisición”, o sea el ingreso de acciones al patrimonio de la sociedad, y no la contraprestación que por esas acciones se paga. Sin embargo, el contenido de la contraprestación puede incidir sobre las consecuencias de la operación. En los casos en que tiene lugar una reducción de capital, el hecho de que no exista una salida de activos –por tratarse de una adquisición a título gratuito– incide sobre las posibles consecuencias de las oposiciones que pueden plantear los acreedores. Además, los actos mediante los que se llega a una adquisición de acciones están sujetos, como los restantes actos de los órganos de la sociedad, al requisito de que se satisfaga el interés societario (40), y este requisito rara vez será vulnerado cuando la adquisición es a título gratuito.

- Adquisiciones por cuenta propia y por cuenta ajena. La adquisición de acciones puede realizarse en interés de la propia sociedad emisora o de un tercero, en este último caso como sucede, particularmente, en el supuesto en que la sociedad actúa en comisión (41). Además, puede suceder que un tercero adquiera derechos sobre las acciones, cuyo beneficiario sea la sociedad que ha emitido tales acciones (42).

A fin de analizar estos casos debe distinguirse entre dos tipos de derechos que la sociedad puede “adquirir” respecto de las acciones que ha emitido. Unos son los derechos formales como accionista, de los que se desprenden, a su vez, derechos directamente ejercitables frente a la sociedad, como el de voto y el derecho a los dividendos. Otros son derechos que incorporan intereses ejercitables indirectamente respecto de la propiedad, aunque no se adquiere formalmente la condición de accionista. Tales son los casos, por ejemplo, de los beneficiarios de fideicomisos cuando estos tienen como objeto acciones de la sociedad beneficiaria; o de la sociedad que adquiere acciones a través de un comisionista, no transfiriéndose a tal sociedad la titularidad de esas acciones mediante la inscripción en los registros correspondientes; o de la sociedad que participa en un acuerdo de accionistas, participando así en un sindicato de voto que le permite determinar cómo ejercen sus derechos políticos determinados accionistas de esa sociedad, entre muchos otros casos.

---

(40) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 370.

(41) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 19. Este autor analiza diversos casos de adquisición de acciones en comisión —por la sociedad o en beneficio de ella—, bajo el Derecho español; ibídem, p. 213 y ss.

(42) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 371.

A nuestro entender, ambos tipos de derechos son susceptibles de hacer aplicables las restricciones que pesan sobre la adquisición de acciones por la emisora. Tratándose de la adquisición de derechos formales sobre las acciones, aunque en beneficio de terceros, se produce una distorsión en la exposición del patrimonio neto y del capital accionario de la entidad, en tanto no tenga lugar alguna de las medidas correctoras que prevé el art. 220 de la LGS, o sea, la reducción del capital o la disposición de las acciones. Además, los órganos de la sociedad son los que en definitiva ejercerán los derechos respecto de las acciones, y aunque en tal ejercicio estarán sujetos a los límites que puedan derivarse de sus relaciones con los terceros en cuyo interés actúan, su actuación permite que tenga lugar, en cierto grado, la distorsión de las relaciones entre los distintos órganos societarios, al participar los administradores y representantes de la sociedad en el órgano de gobierno de esta.

Cuando lo que se adquiere es un interés no reflejado inmediatamente en las tenencias accionarias, también se afectan las reglas y principios que la legislación societaria busca proteger a través del régimen de adquisición de acciones por la sociedad que las ha emitido. Tómese el caso en que una sociedad suscribe un acuerdo con varios de sus accionistas. En el contrato la sociedad acuerda cierta estructura de financiación, que será atendida por esos accionistas. El acuerdo prevé un mecanismo de sindicación de voto en el que la sociedad participa en las decisiones previas mediante las que conviene cómo se votará en las asambleas de esa sociedad. De esta forma, los órganos de administración de la sociedad adquieren una influencia que puede ser importante, y hasta determinante, sobre el funcionamiento de las asambleas de la sociedad, deformando las relaciones típicas entre los órganos y su función en defensa de los accionistas. Situaciones similares pueden suceder en los fideicomisos en los que la sociedad es beneficiaria, cuando tienen como objeto acciones emitidas por esa sociedad, particularmente cuando los beneficiarios tienen derecho a incidir sobre las decisiones y actuación del fiduciario.

No sería correcto, sin embargo, afirmar que todo interés que tenga la sociedad en las acciones que ha emitido es suficiente para hacer aplicable al régimen regulatorio de las adquisiciones de las llamadas acciones propias. El interés tiene que ser suficientemente significativo como para incidir en los aspectos de la estructura societaria tutelados mediante ese régimen regulatorio, particularmente la relación entre los órganos de la sociedad, la coherencia y fidelidad de la exposición contable y la protección de los acreedores (43).

---

(43) Tómese el siguiente ejemplo. Una sociedad X “invierte” una importante parte de su patrimonio en un fideicomiso que directa o indirectamente adquiere acciones

- Adquisiciones directas o indirectas. Con la denominación de adquisiciones indirectas deben distinguirse dos tipos de casos. En el primero, se utilizan personas interpuestas para la adquisición de acciones o derechos relativos a ellas (44). En tales casos se aplican las observaciones y reglas expuestas precedentemente en relación con la adquisición de intereses relativos a acciones (45).

En el segundo grupo, se utilizan sociedades u otras personas jurídicas para adquirir mediatamente el control sobre ciertas acciones. P. ej., una sociedad X ordena a su controlada Y que adquiere ciertas acciones emitidas por X (46). Estos casos encuadran en el régimen de participaciones societarias recíprocas (47), cuya especialidad coloca a las adquisiciones así efectuadas en el marco de tal régimen (48) y no en el del art. 220 y ss. de la LGS.

- Adquisiciones inmediatas y sobrevenidas. Estas últimas son la consecuencia de operaciones más amplias, cuyo objeto excede el de esa adquisición (49); tal el caso de las adquisiciones de acciones que integran un fondo de comercio, previstas en el art. 220, inc. 3), de la LGS. En cambio, las adquisiciones inmediatas resultan de actos que tienen por objeto explícito la adquisición de acciones emitidas por la sociedad adquirente (50).

La categoría de adquisiciones sobrevenidas es de importancia, pues existen diversos tipos de actos, además de los previstos en el art. 220, inc. 3), de la LGS, susceptibles de conducir a la adquisición de acciones, por la sociedad emisora, como parte de operaciones más amplias, actos cuyo encuadramiento debe efectuarse frente a las reglas sobre adquisición de

---

emitidas por esa sociedad. Contablemente, las sumas así invertidas desaparecerán del activo y serán reemplazadas en los estados contables por las participaciones en el fideicomiso de que se trate. Pero si el objeto de ese fideicomiso está constituido fundamentalmente por las acciones emitidas por la sociedad X, la estructura patrimonial de ésta quedará vacía de contenido.

(44) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 20.

(45) Cfr. las ps. 41 a 43, supra, y el texto a ellas correspondiente.

(46) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 20.

(47) Ídem.

(48) Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. El contrato de sociedad*, Heliasta, Buenos Aires, 1994, Cap. X, p. 24.

(49) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 20.

(50) Ídem.

acciones por esa sociedad. Algunos de estos posibles actos serán examinados en los apartados siguientes (51).

- Adquisición de derechos plenos o de derechos parciales sobre acciones. Pueden adquirirse derechos formales respecto de acciones, oponibles frente a la sociedad, pero que no consisten en la plena titularidad de la acción, como derechos de copropiedad, usufructos o prendas. Dadas las características de estos derechos, las atribuciones que surgen de estos en el marco de la actuación en los órganos de gobierno, los límites que el art. 222 de la LGS da a las garantías conformadas mediante acciones de la propia sociedad (52) y el fundamento funcional del régimen de restricciones a la adquisición de acciones por la sociedad emisora, entendemos que en los casos de adquisición de derechos parciales sobre acciones ese régimen es aplicable (53).

- Adquisición de acciones y de derechos a recibir acciones. Es posible distinguir entre la efectiva adquisición de derechos respecto de acciones

---

(51) Como regla general, y tanto por razones de analogía como para satisfacer las funciones de las normas aquí analizadas, serían aplicables a las adquisiciones sobrevenidas las reglas del art. 220, inc. 3), de la LGS.

(52) Cfr. el apart. 13, *infra*.

(53) Cfr. las ns. 41 a 43, *supra*, y el texto a ellas correspondiente. VELASCO SAN PEDRO (*La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 202 y ss.), en el marco del Derecho español, considera que solo las acciones adquiridas en propiedad plena, y no aquellas respecto de las cuales se adquieren derechos limitados, están sujetas al régimen de restricciones que pesa sobre las adquisiciones de acciones por la emisora. A favor de su posición da un argumento sistemático —el concepto de adquisición se refiere a “las adquisiciones en propiedad”—, y otro finalista —el objeto de las restricciones es impedir las consecuencias de la disponibilidad de la posición jurídica de socio por la parte de la sociedad.

No coincidimos con esta posición. Desde el punto de vista sistemático, lo que la sociedad adquiere son derechos, y lo que debe determinarse es qué porción de los derechos respecto de acciones es suficiente para que pueda decirse que se han adquirido tales acciones. Dada la complejidad de estos derechos, no parece acertado, aun desde un punto de vista puramente formal, decir que las acciones no se han adquirido porque un derecho prácticamente irrelevante, respecto de los diversos que pueden tenerse sobre esas acciones, permanece en manos distintas.

Desde el ángulo funcional, no es correcto afirmar —como lo hace el cit. autor— que solo la titularidad plena de las acciones permite ejercer la posición jurídica de socio. Cualquiera sea la variante de fragmentación de los derechos del accionista que se adopte —y hay muchas, tanto bajo el Derecho argentino como bajo el español— alguno de los titulares de los fragmentos así resultantes ejercerá los derechos del socio, particularmente los políticos. Frente al régimen de restricciones sobre la adquisición de acciones por la sociedad emisora, debe entonces determinarse qué grado de tenencia de derechos es suficiente para que se consideren afectados los intereses funcionales que custodia ese régimen.

-su titularidad, usufructo, copropiedad, etc.- y el derecho correlativo a la obligación que alguien asume de transferir derechos respecto de acciones, como en el caso en que la sociedad compra ciertas acciones que le serán transferidas en fecha futura o en que tiene una opción de compra respecto de acciones que ella emite.

Aunque la voz “adquisición”, en el contexto del art. 220 de la LGS, se presta a cierta ambigüedad, pues tanto puede comprender la adquisición de la titularidad o derechos parciales respecto de acciones como la adquisición derechos creditorios relativos a éstas, ese contexto lleva a limitar su alcance, inicialmente, a la adquisición de la posición de accionista o de derechos parciales sobre la acción, como el de usufructo, y a no incluir a los meros derechos creditorios a que se transfiera la titularidad o derechos parciales sobre la acción. En efecto, mientras solo existan esos derechos creditorios no es posible que tengan lugar los efectos que el propio art. 220 prevé para los casos de adquisición de acciones, particularmente la reducción del capital o la disposición de las acciones adquiridas, como tampoco es posible ejercer los derechos de accionista como lo prevé el art. 221 de la misma ley. Ello pone de manifiesto que no quedan así configuradas las adquisiciones previstas en el art. 220 (54).

Sin embargo, como se ha expuesto precedentemente (55), el régimen limitativo de las adquisiciones de acciones puede ser aplicable no solo cuando formalmente se adquiere la titularidad de acciones, sino también cuando de hecho la sociedad adquiere el control efectivo de esas acciones, y especialmente de los derechos políticos correspondientes a ellas. Este tipo de control puede adquirirse a través de contratos que creen derechos creditorios respecto de la futura transferencia de acciones y, en esos casos, regirán las limitaciones antes descriptas (56).

(54) Comp. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., ps. 207 y ss. Entiende el cit. autor que “a la sociedad se le prohíbe también la adquisición de un derecho de crédito que le dé la facultad de exigir la entrega en propiedad de acciones emitidas por ella misma”. Considera que el régimen de restricciones aquí analizado apunta a evitar que la sociedad “llegue a adquirir sus acciones”, por lo que debe extenderse a los actos por los cuales la sociedad podría llegar a ser propietaria de sus acciones.

Como se indica en el presente apart., esta solución solo es aplicable de forma parcial, tanto en lo que hace al alcance de las prohibiciones, como a su consecuencia.

(55) Cfr. las ns. 41 a 43, *supra*, y el texto a ellas correspondiente.

(56) Ídem. Obsérvese que los efectos de estas limitaciones se ven en algún grado alterados por el hecho de que se esté ante la adquisición de derechos creditorios respecto de acciones. En especial, no se producirá la reducción de capital por esa sola adquisición, y las obligaciones de disponer de las acciones, previstas en los incs. 2) y 3) de art. 220 quedarán satisfechas mediante la transferencia o extinción de los correspondientes derechos creditorios. Además, la sociedad que adquiere derechos creditorios

La aplicación del régimen de restricción de la adquisición de acciones por la sociedad emisora, conforme a las reglas precedentes, debe distinguirse de la aplicación de los límites y restricciones que pesan sobre los órganos societarios en materia de la adopción de decisiones relativas a la celebración de contratos mediante los que se adquieren derechos creditorios respecto de las mencionadas acciones. Estas adquisiciones deben ser evaluadas teniendo en cuenta las severas restricciones que pesan sobre su concreción y sobre el ejercicio de derechos por la sociedad; estas limitaciones hacen que el pago de un precio de mercado por las acciones respecto de las cuales se adquieren derechos sea difícilmente justificable.

## **6. Principios básicos del régimen de la LGS en materia de adquisición de acciones por la sociedad emisora**

Como sucede en los principales sistemas societarios de origen continental europeo (57), la regla básica en materia de adquisición de acciones por la sociedad emisora es que tal adquisición solo está admitida en los casos en que la ley así lo autorice (58). En la práctica argentina, se trata de una operación inusual que debe satisfacer, además de los requisitos derivados de las restricciones previstas en los arts. 220 y ss. de la LGS, las exigencias en materia de satisfacción del interés societario propias de la generalidad de los actos de la sociedad (59).

El art. 220 de la LGS enumera ciertos casos de adquisición de acciones por la sociedad que las ha emitido, estableciendo que solo en esas condiciones será posible que la sociedad adquiera las acciones que emitió.

Sin embargo, como se verá en los apartados siguientes, hay casos no previstos en el art. 220, pero derivados de otros artículos de la LGS o de otros elementos del orden jurídico, en los que la sociedad adquiere las acciones que ha emitido, y respecto de los cuales se hace preciso fijar las reglas aplicables.

---

no tiene inmediatamente los derechos cuya suspensión prevé el art. 221 de la LGS; para cumplir con este art. se requiere, entonces, que la sociedad se abstenga de ejercer la influencia que sobre el ejercicio de los derechos del accionista le permiten sus relaciones contractuales con este.

(57) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 728; VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 79 y ss., y pássim.

(58) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 370; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 728.

(59) Respecto del encuadramiento y consecuencias de las limitaciones legales sobre la adquisición de acciones por la sociedad emisora, cfr. el apart. 15, *infra*.

## 7. Casos de adquisición de acciones por la sociedad emisora

El art. 220 de la LGS prevé tres supuestos de adquisición de acciones por la sociedad emisora: a efectos de su cancelación, llevándose a cabo una reducción de capital; para evitar un daño grave; y por integrar el Haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore. Estos supuestos serán examinados en mayor detalle en los siguientes apartados de este estudio.

Sin perjuicio del régimen especial aplicable a las sociedades sujetas al régimen de oferta pública, que será estudiado más adelante (60), cabe observar que existen diversos casos de adquisición de acciones y de derechos sobre ellas que no encuadran claramente en las hipótesis enumeradas en el art. 220, o que tienen un tratamiento específico, o que presentan conflicto entre los efectos que literalmente surgen del citado artículo y las reglas que gobiernan al acto jurídico mediante el que la sociedad adquiere las acciones que ha emitido. Se los analizará seguidamente.

a) Amortización de acciones. Aunque las amortizaciones de acciones implican la adquisición de éstas por la sociedad emisora (61), están sujetas a un régimen especial (62), que desplaza al de adquisición de acciones por la sociedad emisora, aquí analizado.

b) Ejercicio de derechos de preferencia. Puede suceder, particularmente por habérselos adoptado como mecanismo de restricción de la transferibilidad de acciones (63), que la sociedad tenga derechos de preferencia para su adquisición, y que tales derechos estén condicionados a la oferta de las acciones a terceros. Si, en tales casos, la sociedad pretende ejercer derechos de preferencia, ello implicará que adquirirá las acciones que ha emitido.

En estos supuestos, tiene aplicación el régimen del art. 220 de la LSC (64), si bien sus efectos se ven influidos por el contexto en el que tiene lugar la adquisición (65).

(60) Cfr. el apart. 14, *infra*.

(61) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 730; HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., pp. 374 y 375.

(62) Cfr. el art. 223 de la LGS.

(63) El derecho de preferencia es uno de los posibles mecanismos para implementar restricciones sobre la transferibilidad de acciones, particularmente a terceros ajenos a la sociedad.

(64) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 376; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, pp. 730 y 731.

(65) Ídem.

La sociedad puede proceder a la reducción del capital (66) una vez adquiridas las acciones y cumplidas las condiciones exigidas para esa variante de adquisición de las acciones que ha emitido (67). Pero también podrá adquirirlas con utilidades o reservas, en el marco del art. 220, inc. 2), de la LGS (68), si cuenta con tales utilidades o reservas y se dan los restantes extremos de ese artículo (69). En tal sentido, la principal cuestión es si existirá un peligro de daño grave para la sociedad, en caso de no ejercerse el derecho de preferencia (70). La existencia de tal derecho, como restricción a la transferencia de acciones, implica que la sociedad puede tener un interés legítimo en impedir ciertas transferencias, pero no significa que necesariamente una transferencia determinada sea potencialmente dañosa para la sociedad y que deba, por lo tanto, impedírsela mediante la adquisición de las acciones involucradas (71); como en otros casos, deberá fundarse debidamente la existencia de ese riesgo de daño para la sociedad.

c) Adquisición de acciones mediante la ejecución de un deudor de la sociedad que era accionista de ésta. Estos casos tienen la particularidad de que pueden permitir a la sociedad cobrar con mayor facilidad su crédito contra el accionista deudor (72). Sin embargo, no son un mecanismo necesario para hacer efectivos los derechos de la sociedad, que en principio podría ejecutar las acciones de otra forma, particularmente mediante su venta a terceros. La adquisición deberá satisfacer los requisitos del art. 220 de la LGS. Si se procede a la reducción de capital deberá cumplirse con los requisitos de este (73) y, si se funda en el inc. 2) de ese artículo, deberá demostrarse que se evita así un posible daño grave para la sociedad (74).

d) Mora en la integración. Aunque en estos casos puede producirse una situación similar a la adquisición de acciones por la sociedad emisora –

---

(66) Cfr. el apart. 8, *infra*.

(67) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 376; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 730.

(68) Cfr. el apart. 9, *infra*.

(69) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 376; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 731.

(70) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit.

(71) Ídem.

(72) *Ibíd*em, p. 732.

(73) En este caso, el activo de la sociedad se reduce en la medida en que desaparece el crédito contra el accionista deudor, y a ello corresponde una reducción del patrimonio neto, reflejada en la reducción de capital.

(74) Como en el caso en que no existe otro medio de hacer efectivo el crédito contra el accionista, debido a que este no tiene otros bienes y a que no existe un mercado para la venta de las acciones a terceros.

caducidad de los derechos del suscriptor moroso-, se aplica el régimen especial del art. 193 de la LGS (75), y no el del art. 220 de la misma ley.

e) Legados. La sociedad puede ser legataria de las acciones que ha emitido (76). El ingreso de las acciones a la sociedad no implica una posición puramente pasiva de esta, pues el perfeccionamiento del legado requiere su aceptación. Esta adquisición solo es susceptible encuadrar, en el marco del art. 220, en su inc. 1). Por lo tanto, la sociedad deberá proceder a la reducción del capital, con el alcance de la participación que en tal capital tengan las acciones recibidas.

f) Financiación de la compra de acciones por terceros. Este tipo de operaciones no encuadra dentro de las adquisiciones comprendidas en el art. 220 de la LGS (77). No se está ante una adquisición de acciones por interpósita persona, sino ante una compra que un tercero efectúa en su propio nombre e interés (78). Sin embargo, estas operaciones son impugnables (79), ya sea por exceder del marco autorizado por el objeto societario, por ser contrarias al interés societario (80) o por crear una situación financieramente similar a la de las participaciones recíprocas en detrimento de los acreedores (81).

g) Daciones en pago. La sociedad puede recibir las acciones que ha emitido, en pago de una deuda (82). Nuevamente, la sociedad no tiene un papel pasivo en esta adquisición pues consiente, al originarse su crédito o posteriormente, el pago mediante las acciones que ha emitido.

---

(75) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 732.

(76) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 209.

(77) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 732.

(78) Ídem.

(79) *Ibidem*, p. 733.

(80) La sociedad sustituye ciertos activos —los que son transferidos al comprador para la compra de acciones— por otros que, como se verá en la n. siguiente, son de un valor cuestionable y sujetan a la sociedad a riesgos incrementados.

(81) En los casos descriptos en el texto, la sociedad sustituye los activos que presta para financiar la compra de sus acciones por un crédito contra una persona cuyo patrimonio está conformado, entre otros elementos, por acciones emitidas por la propia sociedad. Por lo tanto, si la sociedad debe accionar para hacer efectivo ese crédito, encontrará que el respaldo patrimonial del mismo está constituido, al menos en parte, por el propio patrimonio de la sociedad, cuya caída puede ser justamente la causa por la cual se busca hacer efectivo el crédito contra el deudor adquirente de las acciones. De esta forma, las posibles dificultades financieras de la sociedad potencian sus efectos, en detrimento de los acreedores.

(82) Cf. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 209.

Este tipo de operaciones puede encuadrar en el inc. 1) del art. 220. No encuadra en el 2) pues no se realiza con ganancias realizadas y líquidas. Puede estar justificado ante la dificultad para conseguir el pago con otros bienes.

h) Transacciones. También en este caso la sociedad puede convertirse en titular de las acciones que ha emitido, especialmente en pago de las obligaciones que se cancelan mediante la transacción (83). El análisis es similar al de las daciones en pago.

i) Fideicomisos. Si los bienes objeto del fideicomiso son acciones, su adquisición quedará sujeta a los límites del art. 220, tanto si la sociedad emisora es fiduciaria como si es beneficiaria del fideicomiso o ejerce a través del fideicomiso un control efectivo de los derechos derivados de tales acciones (84); en unos y otros casos la sociedad puede adquirir derechos que ponen en juego a los intereses tutelados por el régimen de adquisición de acciones por la sociedad emisora (85).

Las adquisiciones aquí consideradas son susceptibles de encuadrar en cualquiera de los incs. del art. 220. Sin embargo, la aplicación de su inc. 1) puede ser especialmente problemática en estos casos. Tómese el supuesto de una sociedad que, como fiduciaria, adquiere acciones que ha emitido; p. ej., porque le son entregadas en pago de una deuda. Si en tal caso se procede del modo previsto en el mencionado inc. 1), se reduce el capital, lo que puede ser beneficioso para los restantes accionistas, pero se elimina un activo del conjunto de los bienes fideicomitados, en perjuicio de beneficiarios y fideicomisarios, ante la falta de una contraprestación que ingrese al fideicomiso. La sociedad fiduciaria, por lo tanto, se debe abstener de este tipo de operaciones. También la aplicación del inc. 2) puede ser de difícil o imposible aplicación. Si la sociedad es fiduciaria estaría aplicando sus utilidades para adquirir acciones que ingresarían a un fideicomiso de que son beneficiarios terceros (86), y si la sociedad es beneficiaria, estaría aplicando tales ganancias para financiar la adquisición de las acciones por el fiduciario.

---

(83) Ídem.

(84) *Ibidem*, ps. 217 y 218.

(85) Cfr. las ns. 41 a 43, *supra*, y el texto a ellas correspondiente.

(86) Estrictamente, lo que sucede es que la sociedad utiliza activos suyos para adquirir las acciones, imputando esa salida contra las ganancias o reservas. Pero las complejidades para imputar esos movimientos cuando la sociedad actúa en el ámbito de un fideicomiso no dejan de presentar las dificultades que se indican en el texto.

Es cierto que, en los casos de los incs. 2) y 3) las acciones deben salir del patrimonio de la sociedad emisora, dentro de los plazos que fija el art. 221; pero ello no hace sino crear una nueva ronda de dificultades contables y legales cuando se procede a la disposición de las acciones conforme lo prevé el art. 221.

## 8. Adquisición de acciones a efectos de su cancelación

El inc. 1) del art. 220 de la LGS prevé la adquisición de acciones para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital.

No todas las reducciones de capital quedan incluidas en este inciso (87). Existen reducciones de capital que no implican adquisición alguna, pues consisten en movimientos contables en que el capital se ve reducido sin intervención alguna de los accionistas, compensándose la caída del capital y del número de acciones que lo componen con otras partidas contables, particularmente pérdidas. Asimismo, pueden identificarse otras reducciones de capital que son consecuencia de otras relaciones entre la sociedad y sus accionistas, y en que no resulta aplicable el art. 220, como son las resultantes del ejercicio del derecho de receso.

Tampoco debe asimilarse la adquisición de acciones a efectos de su cancelación con el rescate de acciones (88). Existen acciones que son calificables como rescatables, mediante procedimientos distintos al previsto en el art. 220, inc. 1), de la LGS (89); y la sociedad puede adquirir acciones para su cancelación en operaciones que no cabe calificar como de rescate, como ser las que se efectúan a título gratuito (90).

Las adquisiciones aquí analizadas consisten en varias etapas. Temporalmente, el primer paso es el acuerdo de reducción de capital (91). Este debe adoptarse con los requisitos aplicables a las decisiones relativas a la reducción del capital (92). La decisión debe tener un fundamento adecuado en el interés de la sociedad. Da lugar a la aplicación de las exigencias en materia de reducción de capital, particularmente el ejercicio del derecho de oposición de los acreedores.

Este orden temporal plantea una cuestión inicial relativa a las consecuencias de su incumplimiento, o sea, las de llevar a cabo la adquisición de acciones antes de haberse decidido la reducción de capital por el órgano competente. Entendemos que esta alteración en el orden temporal

(87) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Resolución parcial y reducción de capital de sociedades*, Heliasta, Buenos Aires, 2011, Cap. CVI.

(88) Comp. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 727. Respecto del rescate de acciones, cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, El rescate de acciones y las acciones rescatables, en *La Ley*, 20/2/2017, p. 1.

(89) Cfr. el Tit. II, Cap. I, Sec. I, art. 5º de las Normas de la CNV.

(90) Cfr. el apart. 7, supra.

(91) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 298.

(92) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Resolución parcial...*, cit., Cap. CVI.

de los elementos de la operación no la invalida, pero hace responsable a quienes participen de la concreción de esa operación por los daños que cause la alteración en dicho orden temporal. Ello es así porque, si eventualmente se obtiene el acuerdo de reducción del capital, todos los órganos societarios pertinentes habrán dado su consentimiento a la operación y no habrá un interés concreto de la sociedad que se vea afectado; esta responsabilidad se referirá a los daños imputables al cambio de orden en las decisiones, y no a la operación en su conjunto, pues por hipótesis se habrán reunido finalmente todos los elementos necesarios para ella (93).

Conceptualmente, el siguiente paso es la adquisición de las acciones. Como sucede en otros sistemas jurídicos, la ley argentina no identifica el tipo de acto mediante el cual tiene lugar la adquisición (94), por lo cual, en principio, cualquiera de los posibles bajo el orden jurídico, que tenga como efecto la adquisición de las acciones por la sociedad, sería apto para quedar incluido en el inciso analizado (95).

Sin embargo, se plantea una cuestión fundamental, y previa a la identificación de los actos de adquisición de acciones, consistente en determinar si solo quedan incluidas en el art. 220, inc. 1), las adquisiciones que respondan a contratos libremente aceptados por el accionista que se desprende de sus acciones, o si también son posibles, en el marco de ese inciso, las adquisiciones compulsivas de acciones. A nuestro entender, ambos tipos de adquisiciones son posibles, en el marco del inciso analizado (96). Las voluntarias, porque forman parte de las operaciones que el art. 220 regula, prohibiéndolas en general salvo las excepciones que allí se exponen, como las incluidas en el analizado inc. 1); además, por hipótesis vienen consentidas por el accionista de quien se adquieren las acciones. Las compulsivas, porque están implícitamente aceptadas en el caso análogo de amortizaciones de acciones (97), y porque si se las considerara exclu-

---

(93) Esto no implica que los administradores y representantes de la sociedad puedan livianamente adquirir las acciones al amparo del art. 220, inc. 1), sin contar con el previo acuerdo de reducción de capital a que se refiere ese artículo. Si así operan, y posteriormente no logran la aprobación de la asamblea, no se estará ya ante una inversión en el orden de los elementos previstos en ese inciso, sino ante un incumplimiento de sus requisitos, y en ese caso los administradores y representantes intervinientes serán responsables por todas las consecuencias de la operación no debidamente autorizada, y no tan solo por las imputables al cambio de orden en los pasos de la operación.

(94) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 245.

(95) Ídem.

(96) En igual sentido, cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 298.

(97) Cfr. el art. 223, inc. 2), de la LGS.

das del inciso examinado la sociedad podría llevarlas a cabo de todas formas en virtud de sus atribuciones en materia de reducción de capital (98).

Sobre estas bases, la sociedad puede adquirir las acciones mediante cualquiera de las relaciones contractuales susceptibles de servir de causa a la transferencia de tales acciones a la sociedad, tanto a título oneroso como gratuito (99), tales como compraventas, permutas o donaciones (100). No se exige que el precio o la contraprestación sea igual para todas las acciones, pues el precio puede variar día a día según las condiciones de mercado, especialmente en contextos inflacionarios. Pero la sociedad debe negociar de buena fe, sin otorgar ventajas indebidas a ciertos accionistas. Todo ello sin perjuicio de los requisitos específicos que se apliquen cuando las acciones se realizan mediante ofertas públicas de adquisición o en mercados institucionalizados.

Respecto de las adquisiciones compulsivas, en principio son aplicables los distintos procedimientos utilizables para la instrumentación de reducciones de capital, tales como reducción proporcional del número de acciones y sorteo (101). Este último tiene a su favor el estar expresamente autorizado para los casos análogos de amortización de acciones (102); sin embargo, consideramos que solo debe ser utilizado cuando existan motivos especiales que impidan o aconsejen no utilizar otros procedimientos —particularmente la reducción proporcional del número de acciones— pues crean un riesgo innecesario para los accionistas, que pueden verse sujetos a una reducción más que proporcional en sus tenencias —lo que inclusive puede afectar el contenido real de sus derechos políticos— como consecuencia del sorteo.

Cualquiera sea el procedimiento de adquisición compulsiva que se utilice, se debe respetar la igualdad de los accionistas (103), regla que surge del propio régimen de derechos de los socios (104) y de lo dispuesto para

---

(98) Cfr. al respecto CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Resolución parcial...*, cit., Cap. CVI, 9.

(99) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 245.

(100) Ídem.

(101) Cfr. la n. 98, *supra*.

(102) Cfr. el art. 223, inc. 2), de la LGS.

(103) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 298.

(104) La igualdad corresponde dentro de cada clase. Pueden existir diferencias entre las clases, en función de sus preferencias y de las demás características que definen a tales clases, como en el caso en que ciertas acciones preferidas tienen un régimen diferencial en materia de reducciones de capital, conforme a sus condiciones de emisión.

el caso análogo de la amortización de acciones (105). Dentro de cada clase, ello se logra mediante la reducción proporcional del número de acciones (106) o mediante mecanismos de sorteo como los antes descritos (107).

Cuando la asamblea decide la reducción de capital, puede establecer el mecanismo que se adoptará para la adquisición de acciones. En caso de no indicarlo, el directorio podrá adoptar las decisiones necesarias para instrumentar la adquisición conforme a alguno de los procedimientos antes descritos.

La adquisición de las acciones se ve seguida por su cancelación, conforme al inciso aquí analizado. Esa cancelación es una consecuencia de la adquisición de las acciones bajo el régimen de ese artículo, y corresponde a la reducción de capital que le sirve de precedente. No requiere, por lo tanto, de una decisión adicional de la asamblea o del órgano de administración.

Las acciones que se adquieran bajo el inciso aquí analizado no deben necesariamente estar plenamente integradas; a diferencia del inc. 2), el art. 220 no plantea el requisito de que las acciones estén plenamente integradas en el caso del inc. 1) (108). Obviamente, para mantener la igualdad entre los accionistas, el diferente grado de integración debe verse reflejado en el precio que se pague por las acciones. Como en otros casos, las acciones suscriptas desaparecerán del capital, y en el activo la sociedad reducirá sus créditos contra suscriptores pero experimentará una menor salida por el pago del precio, dado que este debe reflejar la falta de total integración de las acciones adquiridas.

En el caso de adquisiciones compulsivas, se produce una reducción en el capital de la sociedad, que se verá o no reflejado en el activo según que exista o no contraprestación. Si no existe salida patrimonial, debe asentarse una partida de patrimonio que compense la reducción de capital (109), pues ese patrimonio neto no habrá variado.

En los casos de adquisiciones contractuales a cambio de una contraprestación, se reduce el capital, pero la reducción del activo puede ser mayor

---

(105) Cfr. el art. 223 de la LSC.

(106) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 298.

(107) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, cit., p. 197.

(108) Bajo el Derecho español sí existe la exigencia de plena integración, que VELASCO SAN PEDRO (*La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 246) critica.

(109) Obsérvese que en los casos análogos que se lleven a cabo mediante amortización de acciones la emisión de bonos de goce permite efectuar la sustitución contable que se indica en el texto.

o menor, según sea la relación entre el valor nominal de las acciones y el monto de la contraprestación (110). Será por lo tanto necesario afectar otras cuentas del patrimonio neto para reflejar estas diferencias (111).

### 9. Adquisiciones con ganancias para evitar un daño grave

El art. 220, inc. 2), de la LGS permite que, excepcionalmente, la sociedad adquiera las acciones que emitió con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres cuando estuvieren totalmente integradas y para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria.

La redacción del inc. es algo defectuoso, pues estrictamente no se trata de que la sociedad adquiera acciones con ganancias o reservas —que son conceptos contables, y no bienes con los que se pueda adquirir algo—, sino de que la adquisición de acciones se impute o sea con cargo a utilidades y reservas (112). Esto implica que no tiene lugar una reducción del capital, no solo porque la caída del patrimonio neto recibe otra imputación, sino porque el capital se mantiene igual al enajenarse posteriormente las acciones.

Los estatutos pueden incluir reglas en esta materia, sea ampliando la posibilidad de realizar estas operaciones —aunque sin poder imputarlas a capital, pues entra entonces en juego el régimen de protección de los acreedores—, reglamentando cuestiones tales como la identificación de los casos en que la adquisición será autorizada o restringiendo la posibilidad de realizar estas operaciones. Consideramos que, inclusive, puede prohibirse su realización, dado que no son necesarias para el funcionamiento de la sociedad y crean riesgos sustanciales para los accionistas, que pueden ver desviarse las utilidades de la sociedad hacia operaciones especulativas con acciones emitidas por esta.

Aunque en forma indirecta, el inciso analizado establece el procedimiento en virtud del cual la sociedad toma internamente la decisión de realizar una adquisición comprendida en ese inciso. Se trata de un acto de administración extraordinaria —según se desprende, entre otras consideraciones, de la calificación “excepcionalmente”, utilizada por la

---

(110) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., ps. 247 y 248.

(111) Ídem. Esta situación se plantea inclusive en el caso de adquisiciones a título gratuito, pero en tal caso el activo no varía, y se compensa la caída de capital con un asiento que refleje el beneficio que la adquisición de las acciones significa para la sociedad.

(112) Formula igual observación, bajo el Derecho español, VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 250.

LGS— por lo que debe ser decidido por el directorio (113). Una asamblea extraordinaria puede también decidirlo, aunque ello no es necesario. El acto se sujeta a la consideración de la asamblea ordinaria posterior (114), pero la aprobación o censura que ésta lleve a cabo no invalida el acto (115).

Si la asamblea desaprueba el acto, ello no implica la responsabilidad inmediata de los directores o de los representantes que lo llevaron a cabo (116). Estas personas habrán cumplido con el procedimiento previsto por la ley, y lo que existirá será una decisión de la asamblea expresando su desacuerdo con el acto. Pero la asamblea, por el solo hecho de entrar en conflicto con el directorio, no tiene atribución para unilateralmente hacer a este responsable. La desaprobación de la asamblea será simplemente un elemento a ser tenido en cuenta para llevar adelante un eventual procedimiento de responsabilidad contra los directores, bajo las reglas comunes en la materia, reglas que requerirán demostrar que la sociedad ha sufrido un daño y que este responde a la culpa, negligencia o dolo de los administradores.

Cuestión diferente a la examinada en los párrafos precedentes es la de la validez de la adquisición, frente a terceros, cuando no se ha cumplido con el procedimiento interno antes descrito. Dado que se aplican en tal caso las reglas generales en materia de representación de la sociedad, la adquisición podrá ser llevada a cabo por quien, en su carácter de representante legal o apoderado de la sociedad, tenga atribuciones para el tipo de acto de que se trate. La falta de cumplimiento con el procedimiento interno, previo a la adquisición (117), antes descrito, hace responsable a quien haya actuado en representación de la sociedad por los daños que cause la adquisición, pero no afectan a la validez de esta.

---

(113) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 731.

(114) Esta consideración es aplicable aun si el acto ha sido previamente aprobado por la asamblea ordinaria, pues esa aprobación no excluye la posibilidad de que el acto haya resultado finalmente contrario a los intereses de la sociedad, con las consecuencias que más adelante se expondrán.

(115) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 729. El procedimiento legal responde a la necesidad de “evitar un daño grave”, que puede implicar una premura incompatible con los tiempos de decisión de la asamblea de la sociedad.

(116) Comp. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

(117) El procedimiento posterior, obviamente, no puede requerirse como condición de la responsabilidad del representante, pero puede incidir sobre la responsabilidad de este cuando el representante ha sido el que ha tomado la decisión de llevar adelante la adquisición, aun sin contar con la aprobación previa del directorio.

La posibilidad de llevar a cabo las operaciones previstas en el inc. 2), aquí analizado, es excepcional. A nuestro entender, este requisito implica diversas consecuencias. En primer lugar, la sociedad no puede tener como actividad habitual la de adquirir las acciones que ha emitido (118), aunque tenga objeto financiero. En segundo lugar, el órgano que decida la adquisición debe aportar elementos que justifiquen la existencia de los extremos previstos en el citado inc. 2), no existiendo una presunción de validez o necesidad de estas operaciones. En tercer lugar, debe existir un interés concreto de la sociedad que deba ser protegido a través de la adquisición.

Las operaciones previstas en el inc. 2), aquí analizado, deben ser efectuadas, en la terminología legal, con ganancias realizadas y líquidas o reservas. Estrictamente, la exigencia legal carece de sentido, pues las ganancias realizadas y líquidas, y las reservas, no constituyen activos con los que se pueda adquirir bien alguno, sino partidas contables correspondientes al patrimonio neto, que tienen como contrapartida la generalidad de los activos de la sociedad, en cuanto son proporcionalmente imputables a esos elementos del patrimonio neto. El sentido de este aspecto de la disposición examinada es algo distinto del que surge de su sentido literal. Las acciones se adquieren con bienes de la sociedad —sin que la ley limite su identidad, o sea que puede tratarse de dinero o de otros bienes (119)—, y esa reducción en los activos de la sociedad tiene como contrapartida una reducción en las partidas de ganancias realizadas y líquidas o en las de reservas libres de la sociedad. Ello lleva implícito que la sociedad debe contar con un monto suficiente de tales ganancias y reservas como para

---

(118) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 728.

(119) Ni la ley ni el contexto conceptual de las operaciones aquí analizadas limitan el tipo de operaciones mediante las cuales pueden concretarse las adquisiciones incluidas en el inc. 2). Lo esencial es que se trate de un acto mediante el cual las acciones ingresen al patrimonio de la sociedad que las ha emitido. Debe observarse, sin embargo, que las adquisiciones previstas en el mencionado inciso se efectúan contractualmente, o sea con el consentimiento de la contraparte que transfiere sus acciones, a diferencia de los casos de reducción de capital o de amortización de acciones, en que un accionista puede ver reducidas imperativamente sus tenencias. Asimismo, la identidad de quien transmite sus acciones puede verse limitada por la propia justificación de la operación. Así, si se busca llegar a un acuerdo transaccional, será la contraparte en ese acuerdo la que pueda transferir las acciones en el marco del inc. 2); si se trata de lograr el pago de un deudor insolvente, serán las acciones de este deudor las relevantes (cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 279); si se busca evitar que ventas masivas hundan la cotización de la acción, la compra a quienes así se desprenden de sus acciones puede ser el método apropiado para evitar el daño a que se refiere ese inciso (cfr. el fallo Frigorífico La Pampa S.A., n. 125, *infra*).

poder concretar la adquisición de que se trate, pues es inadmisibles hacerlo, bajo el citado inc. 2), mediante la reducción del capital.

También requiere el inciso analizado que las acciones están totalmente integradas. Se busca así evitar que la adquisición de las acciones implique una remisión del saldo no integrado (120) o la extinción de un crédito por aportes, situaciones que son propias de las reducciones de capital (121), o sea de operaciones distintas a las aquí analizadas y que están sujetas a un régimen distinto (122).

Un último requisito para las operaciones previstas en el inc. 2) del art. 220 de la LGS es que sean realizadas para evitar un daño grave (123). El daño en cuestión es relevante si la perjudicada es la sociedad (124); la protección de un accionista, en cuestiones relativas a su interés personal, no sería suficiente para satisfacer este requisito (125). El daño puede ser actual —buscándose su cese mediante la adquisición— o inmediato y previsible (126).

Entre las situaciones que pueden satisfacer el requisito de que la adquisición de acciones evite un daño grave, cabe mencionar las siguientes:

- Evitar una baja en la cotización de las acciones. Entendemos que este no siempre será un motivo suficiente. Halperín (127) considera que lo es, particularmente, cuando se está por llevar a cabo un aumento de capital

(120) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 729.

(121) Ídem. Cfr. asimismo GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, cit., p. 199.

(122) Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Resolución parcial...*, cit., Cap. CVI.

(123) En virtud de este requisito, cabe inicialmente afirmar que en el sistema de la LGS, no existe, en principio, un régimen abierto de canalización de las ganancias de la sociedad a la recompra de las acciones que ha emitido, sino que esa adquisición solo es posible en los casos excepcionales que prevé el art. 220. Pero, en realidad, el régimen de amortización de acciones sí permite, con otra mecánica, esa canalización, pero con el requisito de que exista una autorización estatutaria previa.

(124) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 372.

(125) Así, la compra de acciones para evitar que las adquiriera un accionista que con ellas tomaría mayor poder dentro del conjunto de accionistas de la sociedad no está dirigida a proteger a la sociedad o a su patrimonio, sino al interés de los accionistas controlantes frente a los restantes, y no estaría amparada por el inc. aquí analizado. Comp. Frigorífico La Pampa S.A., fallo de la Cám. Nac. Com., Sala A, 29/10/1979, en "La Ley", t. 1980-B, p. 89, donde se consideró que la conservación de las proporciones accionarias que determinan la dirección de la sociedad es una causa grave a efectos de justificar la adquisición de acciones por su emisora.

(126) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 269.

(127) En HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 372.

y se desea evitar su fracaso ante la baja de las cotizaciones; pero ello solo será válido si este tipo de operación se realiza de modo transparente —o sea con conocimiento del público y no para simular una demanda inexistente— y cumpliendo con los demás requisitos del régimen de oferta pública. Como señala Roitman (128), la baja de las cotizaciones no representa necesariamente un peligro de daño grave a la sociedad (129).

- Evitar obstáculos a operaciones de fusión o escisión. También en estos casos, el vínculo entre esas operaciones y la adquisición de las acciones por la emisora puede ser el evitar una caída de precios que afecte la fusión o escisión (130), como en el caso en que la relación de cambio en una fusión depende del valor de cotización de las acciones. Pero también en este supuesto la influencia sobre los precios deberá satisfacer los requisitos propios del régimen de oferta pública, evitándose el ocultamiento de información y la creación de una situación de demanda aparente en el mercado.

- Evitar perjuicios derivados del ejercicio del derecho de recesso (131). Ese ejercicio puede conllevar una reducción no deseada del capital, o estar acompañado de situaciones litigiosas que perjudiquen a la sociedad. La adquisición de acciones por ésta puede permitir superar estas dificultades.

- Permitir el cumplimiento de las restricciones estatutarias sobre la transmisibilidad de las acciones (132). Estas restricciones pueden consistir en un derecho de preferencia a favor de la sociedad, para cuya concreción puede utilizarse el mecanismo previsto en el citado inc. 2). En estos casos, se cuenta con el amparo que implica una previsión estatutaria que pone de manifiesto el interés de la sociedad en adquirir las acciones que ha emitido, en los casos descriptos, y el hecho de que el ejercicio de que el derecho de preferencia, en el contexto del mencionado inc. 2), está implícitamente condicionado a la existencia de ganancias acumuladas o llevadas a reservas libres.

- Facilitar el pago de créditos de la sociedad (133). Un deudor de la sociedad carente de otros activos significativos puede cancelar su deu-

(128) ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 728.

(129) Cfr. el fallo Frigorífico La Pampa S.A., cit., n. 125, supra, donde se consideró que una compra de acciones en la plaza bursátil, por la sociedad emisora, era lícita cuando se enfrentaba así a una oferta inusual de tenencias accionarias, hasta entonces en manos del Estado, que deprimía las cotizaciones en forma anómala.

(130) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 372.

(131) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 728.

(132) *Ibidem*, p. 729.

(133) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*,

da con acciones emitidas por aquella, evitando la incobrabilidad del crédito.

- Evitar los perjuicios derivados de una situación litigiosa. Velasco San Pedro (134) menciona así los casos en que “la adquisición tiene lugar como consecuencia de una transacción judicial o extrajudicial, tendiente a evitar los perjuicios que puede representar para la sociedad la iniciación o continuación de un litigio”.

- Evitar la adquisición del control de la sociedad por accionistas hostiles a sus intereses (135). Esta causal es muy problemática y ha dado lugar a una amplia división en la posición de la doctrina (136). Por una parte, la experiencia demuestra la existencia de inversores con vocación predatoria, cuyo interés en adquirir el control de una sociedad radica en el desmantelamiento de esta, el desvío de su recurso a esos inversores —en detrimento de otros accionistas y de los acreedores—, o la conformación de esquemas anticompetitivos. Pero, por otra parte, es difícil de distinguir estos supuestos de los inadmisibles de interferencia en las relaciones de poder entre accionistas (137), siendo además patente el peligro de que los administradores utilicen esta posible causal para proteger su situación personal de poder dentro de la sociedad (138). Por otra parte, como la sociedad tuvo la posibilidad de incluir restricciones estatutarias a la transferencia de acciones, para evitar este tipo de peligros, solo en los casos en que existieran esas restricciones quedaría claramente legitimada la causal aquí analizada (139), y en los restantes debería existir una evidente probabilidad de daño grave para la sociedad para que, excepcionalmente, se admitieran estas adquisiciones de acciones (140).

La adquisición de acciones por la sociedad, conforme con el inc. 2) del art. 220, tiene diversas consecuencias contables. Con la adquisición, la sociedad se desprende de los activos entregados como contraprestación, y castiga —por igual monto— las cuentas de ganancias y de reservas, como indica el mencionado inc. 2) (141). Hasta tanto se enajenen las acciones,

---

cit., p. 271.

(134) Ídem.

(135) Ídem, p. 273.

(136) Ídem.

(137) Cfr. La n. 125, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

(138) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 273.

(139) Cfr. la n. 132, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

(140) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 274.

(141) Cfr. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 1986, t. 3,

conforme lo prevé el art. 221 de la LGS, se incluye dentro del rubro capital social una categoría conformada por las “acciones propias adquiridas” (142).

### **10. Adquisición de acciones por integrar establecimientos o sociedades incorporadas**

El inc. 3º del art. 220 de la LGS prevé la adquisición de acciones, por parte de la sociedad que las ha emitido, por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore.

El caso típico es la adquisición de un fondo de comercio (143), que incluye entre los bienes que lo integran acciones emitidas por la sociedad adquirente. Pero la ley no utiliza la expresión técnica “fondo de comercio”, sino la más imprecisa de “establecimiento”, que permite así extender el supuesto a toda adquisición de un conjunto de elementos productivos que incluya acciones emitidas por la sociedad adquirente (144). El inciso también incluye las adquisiciones de acciones que forman parte del patrimonio de sociedades absorbidas total o parcialmente como consecuencia de fusiones o escisiones (145).

En los casos aquí considerados, la propia delimitación de los supuestos comprendidos en el inciso analizado determina los tipos de actos mediante los cuales las acciones ingresan al patrimonio de la sociedad emisora: un acto de adquisición de un “establecimiento”, o una fusión o escisión. Esta delimitación de los actos que conllevan la adquisición de acciones por su emisora tiene varias implicancias jurídicas. Determina qué tipo de aprobación debe darse en la esfera de la sociedad emisora adquirente, a la adquisición de que se trate: la que corresponda legal y estatutariamente para la adquisición de establecimientos o para la fusión o escisión, según el caso (146). Además incide sobre las consecuencias patrimoniales

---

p. 612. Obsérvese que el patrimonio neto de la sociedad disminuye en la medida del valor de la operación.

(142) Ídem, ps. 612 y 613. Esta forma de exposición viene requerida por el art. 63, inc. 2º, apart. II.a), de la LGS. Cfr. asimismo el fallo Frigorífico La Pampa S.A., cit., n. 125, *supra*, donde se señala que la adquisición de las acciones no altera el monto total del capital social.

(143) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

(144) Como señala ROITMAN (*Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 730), “lo que caracteriza a este supuesto es que el objeto del negocio de la sociedad no es adquirir sus propias acciones sino otro activo”.

(145) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 729.

(146) *Ibidem*, ps. 731 y 732. No se aplica, por lo tanto, el requisito de “justificación” ante la asamblea que prevé el inc. 2) del mismo artículo.

y contables de la operación, conforme se expondrá más adelante en el presente apartado.

Aunque el inc. 3) no determina explícitamente los efectos de las adquisiciones allí incluidas sobre el patrimonio neto de la sociedad emisora y sus componentes, esos efectos se desprenden de las características de la operación de que se trate. No tiene lugar una reducción de capital imputable a la adquisición de acciones (147), pues las acciones adquiridas siguen existiendo como tales y formando parte del capital de la emisora, como surge de la norma que obliga a enajenarlas conforme al art. 221 de la LGS. Cuando las acciones forman parte del activo de un establecimiento, se está ante una situación patrimonial similar a la prevista en el inc. 2) del art. 220 (148), y como no se puede imputar la adquisición a reducción de capital, por las razones indicadas, deberá imputarse a las cuentas de reservas y utilidades (149). Ello obliga a determinar el monto de esta imputación, pues las acciones son solo parte de una operación de mayor envergadura, en la que no se atribuye un precio específico a esas acciones; el monto será el que corresponda al valor contable de las acciones, para la sociedad que las adquiere. Cuando las acciones se adquieren por vía de fusiones o escisiones (150), lo normal es que la sociedad emisora y adquirente aumente su patrimonio neto, por lo que la cuestión no será el castigar alguna partida preexistente de su patrimonio neto sino contabilizar adecuadamente las acciones adquiridas para establecer así el nuevo patrimonio resultante de la incorporación de activos a la sociedad emisora (151).

---

(147) Comp. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

(148) Cfr. el apart. 9, *supra*.

(149) Obsérvese que, respecto de los casos previstos en el inc. 3), el art. 220 no exige que la adquisición se efectúe con “ganancias realizadas y líquidas”; lo que refleja particularmente los casos de fusión y escisión en que estas cuentas pueden no verse afectadas, conforme se expondrá seguidamente. Tampoco es necesario, aun en los casos en que la operación se impute a ganancias y reservas, que existan ganancias y reservas suficientes para obrar como contrapartida de la adquisición, pues la cuenta de ganancias quedará, a falta de utilidades acumuladas suficientes, con saldo negativo. Ello no es violatorio de los derechos de los acreedores o de la estructura de capital de la sociedad, pues la protección en tal sentido radica en la obligación de desprenderse de las acciones en el plazo fijado en el art. 221.

(150) P. ej., A se escinde, y una parte de su patrimonio, que incluye acciones emitidas por B, es absorbida por B.

(151) Respecto de esta contabilización, y como surge de la exposición efectuada en el apart. 9, *supra*, la sociedad emisora finalizará, tras la operación de que se trate, con cierto capital accionario y con ciertas acciones propias en cartera, y esta última tenencia deberá ser hecha explícita en la exposición del mencionado capital.

En los casos previstos en el inc. 3), aquí analizado, no es necesario que las acciones que se adquieren estén totalmente integradas (152). Ello es así por cuanto la sociedad adquiere las acciones “como están” en el patrimonio del anterior accionista. Pero la existencia de una obligación de integración, que se suspende por confusión mientras las acciones están en poder de la sociedad que las ha emitido, obliga a hacer los ajustes correspondientes en el monto y exposición del capital, hasta que se enajenen las acciones conforme al art. 221.

### 11. Suspensión de derechos

Conforme al segundo párrafo del art. 221 de la LGS, los derechos correspondientes a las acciones comprendidas en los incs. 2) y 3) del art. 220 (153) quedarán suspendidos hasta su enajenación, y no se computarán para la determinación del quórum ni de la mayoría.

Esta suspensión tiene una importancia central en el régimen de adquisición y tenencia de acciones por la sociedad emisora. Impide que los órganos de administración y representación de la sociedad, alterando su relación con los accionistas y con los demás órganos de la sociedad, utilicen su posición para incidir sobre el funcionamiento de las asambleas y sobre el control de la sociedad. En otras palabras, se busca evitar que los recursos de la sociedad, que en último análisis corresponden a sus socios, sean usados desviadamente para disminuir el poder y derechos efectivos de los accionistas sobre su sociedad.

En principio, la norma no se aplica a los casos previstos en el inc. 1) del art. 220, pues en esos supuestos las acciones se cancelan, no pudiéndose ejercer derechos fundados en ellas. Pero, si por algún motivo la cancelación se demorara, los derechos derivados de esas acciones tampoco podrán ser ejercidos.

La suspensión de derechos aquí analizada comprende a todos los derechos económicos y políticos derivados de las acciones adquiridas (154). Sin embargo, esa suspensión presenta, en el caso de cada derecho, características adecuadas al derecho de cuya suspensión se trata.

En el caso de los derechos a participar en las asambleas y votar en ellas, la solución es clara. Las acciones adquiridas no permiten participar o

---

(152) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit. t. 3, p. 730.

(153) O sea las incluidas en los casos examinados en los aparts. 9 y 10, *supra*.

(154) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., ps. 373 y 374; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, ps. 741 y 742.

votar en ellas (155), y al calcularse el total de acciones para determinar quórum o mayorías no se computarán las que así tienen sus derechos suspendidos. Como señala Roitman (156), estos derechos “renacen una vez enajenadas las acciones en cabeza de su nuevo titular. Esto no implica que pueda ejercerlos retroactivamente respecto de cuestiones acaecidas mientras sus acciones estuvieron en cartera de la sociedad”.

Respecto del derecho de información, también se suspende (157); los órganos de la sociedad reciben información por otros canales y no participan con las acciones de derechos suspendidos en las asambleas para las cuales sería necesaria la información en cuestión.

También se suspenden las atribuciones para impugnar asambleas con base en las acciones adquiridas (158). Esa posibilidad de impugnación, que en definitiva conduciría el órgano de administración de la sociedad, alteraría sustancialmente la estructura de relaciones entre los órganos de la sociedad (159).

Respecto de las acciones de responsabilidad contra los directores y demás integrantes de órganos societarios, la sociedad las tiene conforme al régimen de las acciones sociales de responsabilidad (160), pero no en cuanto accionista, debido al alcance general de la suspensión de derechos aquí analizada.

En materia de dividendos, la solución es más compleja. Debe partirse de la premisa que los accionistas no tienen un derecho inmediato sobre las utilidades, sino que lo ejercen a través del mecanismo de los dividendos, entre otros. Por lo tanto, cuando se suspenden los derechos derivados de ciertas acciones, por su adquisición por la sociedad emisora, esas acciones dejan de tener derecho al dividendo (161), aunque las utilidades con

---

(155) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., ps. 742 y 743.

(156) *Ibidem*, p. 743.

(157) *Ibidem*, p. 742.

(158) *Ídem*.

(159) Distinta es la solución respecto de posibles acciones de responsabilidad que la sociedad intente respecto de daños causados por asambleas impugnables. En estos casos la acción es en general dirigida contra la propia sociedad, lo que impide que esté legitimada como actora.

Pero la responsabilidad por resoluciones nulas puede también recaer sobre los accionistas (cfr. el art. 254 de la LGS), y en tal caso la sociedad puede sufrir un daño resarcible imputable a tales accionistas; las acciones, posibles en este caso, no son función de las tenencias accionarias de la sociedad, sino de su carácter de damnificada, y son por lo tanto posibles.

(160) Cfr. los arts. 274 y 276 de la LGS.

(161) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., p. 743; HALPERÍN, Isaac y

que se abone la distribución tengan un origen anterior. Esta suspensión dura en tanto la sociedad sea tenedora de las acciones. La consecuencia de ello es que las restantes acciones pasan a tener una mayor participación proporcional en las utilidades que se distribuyan durante la suspensión (162). Una vez enajenadas las acciones renace el derecho al dividendo. Por las razones antes indicadas, relativas al contenido de este derecho, esas acciones gozan de participación en los dividendos que se declaren a partir de la enajenación, aunque surjan de utilidades generadas durante el período de suspensión.

También se suspende el derecho al producido de la liquidación (163). La consecuencia será que las restantes acciones tendrán una mayor participación proporcional en tal producido (164).

Respecto del derecho de preferencia, no puede ser ejercido por la sociedad (165), por lo que las restantes acciones tendrán proporcionalmente un derecho a la suscripción de un mayor número de acciones.

El derecho de receso plantea algunas particularidades. Si las acciones están en poder de la sociedad durante la asamblea respecto de cuyas decisiones es posible el ejercicio del derecho de receso, la suspensión de los derechos políticos en el marco de esa asamblea implica que no puede nacer el derecho de receso respecto de las acciones en cartera, aunque luego se transfieran a un tercero. Pero también puede suceder que un accionista participe en una asamblea, que ello le permita luego ejercer el derecho de receso pero que —sin haberse producido ese ejercicio— sus acciones sean adquiridas por la sociedad emisora; ello no solo es posible, sino que es uno de los posibles motivos válidos de esa adquisición (166). Pero en

---

OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 374 (analizando distintas posiciones divergentes que se encuentran en la materia en el Derecho Comparado). Por lo tanto, no se genera una reserva con los dividendos que hubieran correspondido a las acciones en cartera, ni se acumula a favor de estas acciones un crédito respecto de los dividendos no pagados; comp. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 3, ps. 278 y 279. Pero la posición de este autor se basa en la premisa de que no se suspenden los derechos patrimoniales, lo cual carece de sustento en el texto legal, que se refiere a la suspensión de derechos, sin distinción alguna.

(162) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit.

(163) *Ibidem*, p. 742.

(164) Lo normal es que las acciones, al estar la sociedad en liquidación, no vuelvan a entrar en circulación, con lo cual la consecuencia definitiva de la adquisición de las acciones será la indicada en el texto, respecto del producido de la liquidación en su totalidad.

(165) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 742. Cfr. asimismo VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 305.

(166) Cfr. la n. 131, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

tal caso la sociedad no puede ejercer el derecho de receso, no solo por los términos generales del art. 221, sino porque ese ejercicio sería contrario a la propia causa que ha legitimado la adquisición y a las funciones tuitivas del derecho de receso.

La suspensión de derechos de las acciones en cartera y su falta de cómputo a ciertos efectos, no implica que dejen de ser parte del capital de la sociedad, con las particularidades contables que antes se han indicado (167). Ello tiene relevancia a diversos fines. Diversas relaciones jurídicas —los límites en las participaciones en otras sociedades, p. ej.— se regulan por normas que utilizan el monto del capital social para atribuirle ciertos efectos. Asimismo, figuras como el aumento o reducción del capital están sujetas a regímenes específicos, que no resultan aplicables en estos casos, justamente porque jurídicamente el capital permanece inalterado. Además, bajo regímenes regulatorios específicos —entidades financieras, oferta pública, etc.— el monto del capital cumple funciones significativas, y en principio ese monto queda inalterado, aunque en ciertos casos las regulaciones pueden utilizar definiciones específicas de capital que pueden ver afectado su valor cuantitativo por las operaciones examinadas en este apartado.

## 12. Enajenación de acciones adquiridas

El primer párrafo del art. 221 de la LGS dispone que el directorio enajenará las acciones adquiridas en los supuestos 2) y 3) del art. 220, dentro del término de un año, salvo prórroga por la asamblea. Agrega que se aplicará el derecho preferente previsto en el art. 194.

La obligación aquí analizada responde a las características de las adquisiciones de acciones previstas en los incs. 2) y 3) del citado art. 220 (168). Estas acciones no son canceladas, ni dan lugar a una reducción de capital, pero quedan en un estado anómalo, privadas de derechos, en el patrimonio de la sociedad que las ha emitido. La enajenación de las acciones permite superar esta situación.

La norma analizada dice, en expresión técnicamente errada, que “el directorio enajenará las acciones”. En realidad, las acciones son enajenadas por la sociedad, que es la que tiene derechos sobre ellas, actuando a través de sus representantes. El directorio, como es usual, limita su función a decidir la enajenación; pero no solo tiene atribuciones para tomar tal

---

(167) Cfr. la n. 142, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

(168) Cfr. los aparts. 9 y 10, *supra*.

decisión, sino que tiene el deber (169) de impulsar la enajenación dentro de los plazos legales.

La ley no establece el tipo de acto a través del cual se efectúa la enajenación prevista en el primer párrafo del art. 221. Aunque el mecanismo usual es la venta, lo relevante es que se trate de un acto mediante el cual la sociedad se desprenda de las acciones que ha adquirido bajo los incs. 2) y 3) del art. 220; puede tratarse de permutas o contratos atípicos mediante los que se transfiera la propiedad de las acciones (170). Inclusive, sería posible disponer de las acciones mediante aportes a otras sociedades o donaciones (171); pero en todos los casos la disposición deberá satisfacer el requisito de atender al interés societario —o sea, se deberá cumplir con los requisitos de enajenación previstos en el art. 221, del modo más beneficioso para la sociedad—, lo cual solo excepcionalmente será el caso a través de donaciones. La enajenación deberá ser no solo formal sino efectiva desde el punto de vista económico y empresarial, por lo que no serán aceptables estructuras que permitan a la sociedad retener el control efectivo de las acciones, como ser fideicomisos, usufructos o ventas con opción de recompra; estructuras de este tipo permitirían frustrar uno de los propósitos del régimen legal en la materia, que es evitar la utilización de las utilidades generadas por la sociedad para colocar acciones bajo el control de sus administradores.

El precio de la enajenación será el que resulte más conveniente para los intereses de la sociedad. La pretensión de un precio excesivamente alto puede impedir el cumplimiento de los plazos previstos en el art. 220, con las responsabilidades consiguientes. El derecho de preferencia dado a los accionistas obstaculiza las maniobras que pueden intentar los accionistas o administradores controlantes para hacerse de las acciones a un precio indebidamente bajo (172).

---

(169) Cfr. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, cit., t. 3, p. 616.

(170) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit., p. 317. Pero estos contratos solo podrán utilizarse una vez que los socios hayan renunciado o se hayan abstenido de ejercer el derecho de preferencia que les otorga el art. 221; cfr. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas...*, cit., p. 274; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 741.

(171) Cfr. VELASCO SAN PEDRO, Luis A., *La adquisición por la sociedad emisora...*, cit.

(172) VERÓN (loc. cit.) considera que el precio de la enajenación debe ser como mínimo el de la adquisición. Pero la ley no incluye requisito alguno en tal sentido. Normalmente, el precio de venta será el de mercado (cfr. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 3, p. 279), que —por las fluctuaciones de este— puede ser mayor o menor que el de adquisición. Si el precio es menor que el de adquisición, la operación de compra y reventa generará una pérdida para la sociedad, reduciendo así

Un importante sector de la doctrina considera que las acciones pueden ser objeto de disposición mediante su distribución como dividendos o mediante su adjudicación directa, y en forma proporcional, a los accionistas (173); una solución similar es admitida por la jurisprudencia (174). Pero no puede obviarse que el texto legal no admite esta posibilidad. Además, respecto de la distribución como dividendo, deben existir ganancias acumuladas que permitan distribuirlos, y para ello no cabe utilizar las ya imputadas a la adquisición de las acciones. Por otra parte, patrimonialmente esta solución difiere de la prevista en el art. 221 de la LGS, pues la sociedad deja de recibir la contraprestación que surgiría de la enajenación allí prevista (175).

En principio, las acciones deben ser enajenadas en el término de un año, desde el momento en que fueron adquiridas. Vencido ese plazo, sin haberse enajenado las acciones, la asamblea puede “prorrogar” el plazo. Debe determinarse la consecuencia de que no se autorice tal prórroga. En tal caso la sociedad deberá aún enajenar las acciones, pues la ley no da otra opción para desprenderse de ella. El efecto de la falta de prórroga es que los directores serán en principio responsables por los daños que surjan de no haber cumplido con el plazo legal, mientras que, si se otorga la prórroga, no tendrán responsabilidad por la demora salvo la que surja bajo el régimen común de responsabilidad por haber actuado con dolo o culpa.

La asamblea, al otorgar o denegar la prórroga, debe actuar dentro del marco determinado por el interés societario; de esta forma, como señala Roitman (176), la “prórroga puede ser necesaria para que la sociedad no

---

el saldo final de las utilidades acumuladas.

(173) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., p. 741; NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 3, p. 279; VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, cit., t. 3, p. 616; SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas...*, cit., ps. 272 y 273.

(174) Cfr. el fallo cit. en la n. 125, *supra*.

(175) A favor de la posición tomada por las fuentes cit. en las notas precedentes, puede observarse que el resultado final de la adquisición de las acciones y de su disposición gratuita o en forma de dividendo es equivalente a una distribución de las utilidades imputadas a la adquisición, por lo que se está dentro de niveles de conformación patrimonial que los acreedores no podrían objetar. Pero dado el carácter restrictivo con que la LGS admite las adquisiciones de acciones por la sociedad emisora, no parece apropiado utilizar estas adquisiciones como medio indirecto para la distribución de utilidades. Además, la posibilidad descripta en el texto deja de lado la aplicación del derecho de preferencia que prevé el art. 221, cuya operación puede arrojar resultados distintos a los que surgen de la distribución gratuita de las acciones a favor de los socios.

(176) ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 741.

se vea perjudicada en el precio de cotización o de mercado de las acciones”.

Halperín (177) entiende que solo es admisible una prórroga (178), por un término que no exceda el original, para evitar una disminución velada del capital. Pero ello encuentra débil sustento en el texto legal; además, la limitación de las prórrogas coloca a la sociedad en una situación de debilidad negociadora, ante compradores potenciales que sabrían que la sociedad estaría ante un plazo dentro del cual debería vender las acciones. Sin embargo, tampoco sería admisible una prórroga indefinida (179), pues se estaría frustrando el mecanismo legal, que apunta a la disposición de las acciones.

Vencida la última prórroga otorgada por la asamblea, o no existiendo justificaciones para nuevas prórrogas, surge la cuestión de cuál es el proceder que debe seguir la sociedad. Una posibilidad es la adjudicación directa a los accionistas (180); pero ya hemos visto que tal adjudicación no se encuentra entre las formas de disposición previstas por el art. 221 (181). Halperín (182) considera que la retención prolongada de las acciones equivaldría a una reducción encubierta de capital, por lo que la sociedad debería reconocer la “pérdida cierta” que ha sufrido. Más explícitamente, Verón (183) entiende que, no habiendo adquirente de las acciones “no queda otra vía que resolver la reducción voluntaria del capital”.

A nuestro entender, la situación debe ser tratada teniendo en cuenta la obligación de diligencia que tienen los directores respecto de la disposición de las acciones (184). Los directores tienen siempre la posibilidad de ir disminuyendo el precio de colocación de las acciones hasta encontrar un comprador, dentro o fuera del conjunto de accionistas existentes; lo que no tienen son atribuciones para transferir compulsivamente las acciones a los accionistas (185). En el inusual caso en que estos procedi-

(177) HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

(178) HALPERÍN se apoya en la utilización de la voz “prórroga”, en singular.

(179) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 741.

(180) Cfr. NISSEN, Ricardo A., *Ley de Sociedades Comerciales*, cit., t. 3, ps. 278 y 279.

(181) Cfr. las ns. 173 a 175, *supra*, y el texto a ellas correspondiente.

(182) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

(183) ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 617.

(184) Cfr. la n. 169, *supra*, y el texto a ellas correspondiente.

(185) Obsérvese que la falta de prórroga por la asamblea no resuelve el problema de la disposición de las acciones, que siguen permaneciendo en el patrimonio de la sociedad; la falta de prórroga implica que los directores carecen de la causal de justificación respecto de la demora para disponer de las acciones, que regía dentro de los plazos establecidos por la asamblea mediante las prórrogas.

mientos no permitan encontrar un adquirente, la sociedad puede recurrir a la reducción voluntaria del capital, cumpliendo con los requisitos legales para ello, aplicándola a las acciones en cartera, pero esta no es consecuencia automática o necesaria de la falta de colocación de las acciones (186). En todo caso, el directorio será responsable por los daños que se causen como consecuencia de la falta de diligencia en la disposición de las acciones en cartera.

Conforme al art. 221, la colocación de las acciones no canceladas, en el marco de ese artículo, está sujeta al derecho de preferencia que establece el art. 194 de la LGS (187). Se busca así proteger a los accionistas preexistentes respecto de la posibilidad de que la puesta en circulación de las acciones en cartera genera una licuación de sus derechos como tales o una alteración en las relaciones de poder en los órganos de la sociedad. El régimen de derecho de preferencia se aplica en su integridad, salvo en lo que hace a la posibilidad de excepciones bajo el art. 197, pues no se trata de la emisión de nuevas acciones, ni existen los motivos que puedan justificar esas excepciones respecto de tales nuevas acciones (188). Por lo tanto, rigen las reglas relativas al contenido y disposición del derecho de preferencia; se aplica el derecho de acrecer; son relevantes las reglas respecto de las clases de acciones que gozan de este derecho, etcétera.

La aplicación del derecho de preferencia incide sobre el mecanismo de disposición de las acciones previstas en el art. 221. Para el ejercicio de ese derecho se debe fijar un precio de enajenación. Solo una vez agotada la oportunidad de que los accionistas ejerzan sus derechos de preferencia y de acrecer es posible ofrecer las acciones a terceros.

La enajenación de acciones adquiridas por la sociedad emisora plantea ciertas dificultades contables, con efectos jurídicos significativos. Por una parte, ingresan a la sociedad los activos recibidos en pago de esas acciones. También es evidente que, al pasar las acciones a manos de terceros, dejan de figurar como acciones en cartera, y forman parte del capital, como cualesquiera otras acciones. Pero es necesario una partida del patrimonio que refleje el incremento de este, como consecuencia de la enajenación de las acciones. A nuestro entender corresponde utilizar una

---

(186) A diferencia de lo que sucede bajo el régimen de adquisición de acciones propias por sociedades sujetas al régimen de oferta pública, donde el art. 67 de la ley 26.831 prevé expresamente la reducción automática del capital por la no enajenación de las acciones a su debido tiempo. Cfr. el apart. 14, *infra*.

(187) Respecto de este derecho, cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*, Heliasta, Buenos Aires, 1997, Cap. XXVIII.

(188) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 373.

cuenta especial del patrimonio neto (189); no se está ante un aumento de capital, pues no se emiten ni suscriben nuevas acciones, ni tampoco se está estrictamente ante una utilidad (190).

### 13. Prohibición de recibir acciones en garantía

El art. 222 de la LGS dispone que la sociedad no puede recibir sus acciones en garantía.

El lenguaje técnicamente impreciso del artículo ha dado lugar a dificultades de interpretación. “Recibir en garantía” es una expresión de alcance debatible y debatido.

La norma apunta a impedir que la sociedad, por esta vía, vulnere el régimen del art. 220 (191), convirtiéndose en titular de las acciones que ha emitido como parte de la ejecución de la garantía (192). También busca

---

(189) Se trataría de una cuenta de las previstas en el art. 63, inc. 1º), apart. II.d), de la LGS, o sea “todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido en las cuentas de capital, reservas y resultados”. Correspondería asimilarla a una reserva, pues no está ante un aumento de capital —los movimientos de capital ya han quedado registrados en la cuenta respectiva— ni ante una ganancia por el valor de la suma recibida por la sociedad.

(190) Podría argumentarse que debería revertirse el asiento efectuado para contabilizar la adquisición de las acciones. Así, si esta adquisición se imputó a ganancias, debería ahora invertirse la reducción sufrida por estas. Pero este argumento merece varias críticas. En primer lugar, no siempre la adquisición se imputa a ganancias, y las reglas de formación de las restantes partidas del patrimonio neto pueden impedir la reversión de la imputación que se haya efectuado al adquirir las acciones, especialmente cuando tal imputación pesa contra el capital. En segundo lugar, cuando se deben utilizar ganancias para que la sociedad emisora compre sus acciones, esas ganancias son empleadas —a los fines contables— en la adquisición, y no parece correcto, frente a la función que tales ganancias cumplen en el régimen del art. 220, que se las pueda reconstituir, con la posibilidad de reiterar las mismas operaciones, mediante el expediente de cumplir con la disposición de las acciones que la propia ley ordena; aunque este argumento es rebatible con el de que la ley busca evitar la acumulación de acciones por la emisora, y no su adquisición si se dispone oportunamente de ellas. En tercer lugar, conceptualmente el ingreso de activos en pago de las acciones enajenadas no es en su totalidad una ganancia, por lo que no debería ser asentado como tal; en este caso puede rebatirse que si se asienta el ingreso como ganancia es simplemente para guardar coherencia con la imputación, igualmente arbitraria, que tiene lugar cuando se castigan cuentas del patrimonio neto al adquirirse las acciones. Por último, la utilización de una cuenta especial del patrimonio neto, respecto de los ingresos generados por la enajenación de las acciones en cartera, tiene el mérito de ser clara y explícita, en lugar de ocultar este tipo de movimientos en cuentas que tienen otra función, particularmente la de pérdidas y ganancias.

(191) Cfr. HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 376.

(192) Cfr. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, cit., t. 3, p. 618.

evitar el cumplimiento de obligaciones de conformar garantías, frente a la sociedad, con activos de difícil realización (193).

En principio, la norma impide los actos en virtud de los cuales se transfieren derechos de garantía respecto de las acciones, a la sociedad que las ha emitido. La prohibición se extiende así, especialmente, a las prendas de acciones en la que el acreedor garantizado es la sociedad. También se extiende a los fideicomisos de garantía que tienen por objeto acciones de la sociedad cuyos créditos son así garantizados.

En cambio, se entiende que la contracautela, consistente en acciones emitidas por la sociedad que es parte en el juicio en que se ofrece tal contracautela, no está comprendida en la prohibición prevista en el art. 222 (194).

Tampoco entraría en juego la prohibición cuando la sociedad, siendo acreedora por motivos comerciales o de otra índole (195) de un accionista, actúa contra las acciones que ha emitido, embargándolas y procediendo a su ejecución, por ser tales acciones parte del patrimonio de su deudor.

#### **14. Adquisición de acciones propias por sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública**

Conforme se ha expuesto en el apartado 2, supra, la ley 26.831, regulatoria del mercado de capitales, incluye un régimen especial de adquisición de acciones por la sociedad que las ha emitido. Este régimen contempla, por una parte, el hecho de que las sociedades que efectúan oferta pública de sus acciones requieren un mayor grado de flexibilidad, en la utilización del mecanismo de compra de sus propias acciones, que las ajenas a los mercados bursátiles, como lo demuestra la experiencia internacional. Pero, por otro lado, se debe evitar que estas operaciones tengan un efecto distorsionante sobre las operaciones de los mercados de valores y que afecten la solvencia de las emisoras.

---

(193) *Ibidem*, ps. 617 y 618.

(194) Cfr. VERÓN, Alberto V., *Sociedades comerciales*, cit., t. 3, p. 618; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 746; CNCom., Sala A, 19/4/1974, "M. R. de Oneto c. Frigoríficos Oneto y Cía. S.A.", *El Derecho*, 1974, t. 57, p. 305. Se consideró que la prohibición se extiende a operaciones comerciales en las que la sociedad recibe como garantía las acciones que ha emitido. Debe mencionarse, sin embargo, que la ley no incluye esa distinción. Podría argumentarse que, en estos casos, la sociedad no "recibe" sus acciones, sino que se utilizan mecanismos procesales de otra índole para asegurar el cumplimiento de obligaciones frente a la sociedad; pero no ha sido ése el argumento utilizado por la jurisprudencia.

(195) Como en el caso en que el accionista está obligado bajo el régimen de responsabilidad extracontractual.

Una cuestión fundamental para determinar las consecuencias de este régimen es si sus disposiciones implican un régimen para las sociedades sujetas a las normas sobre oferta pública, con exclusión de las disposiciones que, en la LGS, autorizan ciertas adquisiciones de acciones por la emisora, o bien se trata de una causal adicional de adquisición de acciones propias, que se suma a las ya previstas en la LGS. A nuestro entender, la solución correcta es la segunda (196), por varias razones. La LGS prevé situaciones de adquisición de acciones por la emisora en que la adquisición es necesaria para realizar una operación más amplia —reducciones de capital, fusiones, etc.— o para evitar daños a la sociedad; estas situaciones se presentan con igual intensidad en las sociedades sujetas al régimen de oferta pública, y requieren una solución para las cuestiones que plantea, la que se encuentra en las normas preexistentes de la LGS, que en principio se extienden a todas las sociedades anónimas. Asimismo, la metodología societaria es la de prohibir en forma general la adquisición de acciones por la emisora, salvo en los casos en que la ley la autoriza; la ley 26.831 encuadra en esta metodología, delineando un mecanismo adicional de adquisición de acciones por su emisora, que no interfiere con los restantes derivados de la LGS, aunque como se verá existe un limitado grado de interacción entre el régimen de la LGS y el de la ley 26.831 en esta materia.

El régimen previsto en los arts. 64 y ss. de la ley 26.831 se extiende a las adquisiciones de acciones por la sociedad anónima que las hubieren emitido, en tanto esas acciones estén admitidas a la oferta pública y listadas por parte de un mercado (197), bajo las condiciones previstas en ese art. 64 y aquellas que determine la Comisión Nacional de Valores (198). La reglamentación deberá respetar el principio de trato igualitario entre todos los accionistas y el derecho a la información plena de los inversores (199).

El art. 64 establece como condiciones necesarias para la adquisición de las acciones por la sociedad emisora —bajo el régimen de la ley 26.831— las siguientes:

---

(196) Es la posición que adoptan las Normas de la Comisión Nacional de Valores (Tit. II, Cap. I, art. 10° y ss.), que prevé la adquisición de acciones propias tanto bajo las normas de la LGS como bajo las de la ley 26.831.

(197) En el sentido que esta expresión tiene en el régimen de oferta pública.

(198) Obsérvese que no se requiere que la adquisición se efectúe en tal mercado, sino que las acciones estén allí listadas. Pero solo en los casos de oferta pública de adquisición es posible efectuar este tipo de adquisiciones si no es mediante operaciones de mercado; cfr. el art. 66 de la ley 26.831.

(199) Esta exigencia está volcada a las Normas de la Comisión Nacional de Valores (Tit. II, Cap. I, art. 10°).

- Que las acciones a adquirirse se hallen totalmente integradas.

- Que medie resolución fundada del directorio con informe del comité de auditoría y de la comisión fiscalizadora (200). La resolución del directorio deberá establecer la finalidad de la adquisición, el monto máximo a invertir, la cantidad máxima de acciones o el porcentaje máximo sobre el capital social que será objeto de adquisición y el precio máximo a pagar por las acciones, debiendo el directorio brindar a accionistas e inversores información amplia y detallada (201).

- Que la adquisición se efectúe con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres o facultativas, debiendo la sociedad acreditar ante la Comisión Nacional de Valores que cuenta con la liquidez necesaria y que dicha adquisición no afecta la solvencia de la sociedad (202).

- Que el total de las acciones que adquiera la sociedad, incluidas las que hubiera adquirido con anterioridad y permanecieran en su poder (203), en ningún caso excedan del límite del 10% del capital social o del límite porcentual menor que determine la Comisión Nacional de Valores teniendo en cuenta el volumen de negocios de las acciones en cuestión.

- Las emisoras no podrán adquirir sus propias acciones bajo el régimen aquí analizado cuando se tenga conocimiento de la existencia de una oferta pública de adquisición de acciones o valores equivalentes (204), o si no hubiera transcurrido un día hábil desde la publicación del anuncio de la decisión de la emisora de adquirir sus propias acciones (205).

Estando vigente una decisión de la emisora de adquirir sus propias acciones, los directores, administradores, síndicos, integrantes del consejo de vigilancia o gerentes no podrán vender las acciones de la socie-

---

(200) Requisitos similares se encuentran en las Normas de la Comisión Nacional de Valores (Tit. II, Cap. 1, art. 10°).

(201) Las Normas cit. (art. 11) requieren también que la decisión de adquirir las acciones deberá informarse a la Comisión Nacional de Valores como hecho relevante, con expresión de los motivos de la decisión.

(202) Estos últimos requisitos no se encuentran en el régimen de la LGS. Las normas citadas (art. 12) requieren que las exigencias de liquidez y solvencia sean acreditadas por el órgano de administración, ante la Comisión Nacional de Valores, y que el informe de la sindicatura se expida también sobre tales exigencias. Además, debe acompañarse un informe de contador independiente.

(203) Obsérvese que esto incluye también a las acciones adquiridas bajo el art. 220, incs. 2) y 3), de la LGS, en tanto permanezcan en cartera.

(204) P. ej., obligaciones convertibles en acciones.

(205) Cfr. el Tit. II, Cap. 1, art. 13, de las Normas de la Comisión Nacional de Valores.

dad que fueren de su propiedad o que administren directa o indirectamente (206).

Debe entenderse que las acciones adquiridas conforme al régimen del art. 64 de la ley 26.831 están sujetas a la suspensión del ejercicio de derechos, ordenada por el art. 221 de la LGS. Como se ha expresado anteriormente (207) esa suspensión responde a la necesidad de preservar la organización de la sociedad adquirente y los límites que pesan sobre las atribuciones de los administradores, necesidad que es aún más marcada en el caso de las sociedades sujetas al régimen de oferta pública.

Conforme al art. 65 de la ley 26.831, las acciones adquiridas por la sociedad en exceso del límite cuantitativo previsto en el art. 64 (208) deberán ser enajenadas en el término de noventa días hábiles contados a partir de la fecha de la adquisición que hubiere dado origen al exceso; ello sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda imputar a los directores de la sociedad (209).

Conforme al art. 66 de la ley 26.831, las operaciones celebradas con motivo de la adquisición de acciones de propia emisión podrán llevarse a cabo mediante operaciones en el mercado o a través de una oferta pública de adquisición (210). En el caso de adquisiciones en el mercado, el monto de estas realizadas en un mismo día no podrá ser superior al veinticinco por ciento del volumen promedio de transacción diario que hayan experimentado las acciones de la sociedad durante los noventa días hábiles anteriores (211). En cualquier caso, la Comisión Nacional de Valores podrá requerir que tal compra se ejecute mediante una oferta pública de adquisición cuando las acciones a ser adquiridas representen un volumen importante con relación al volumen promedio de negociación.

El régimen de adquisición de acciones propias previsto en la ley 26.831 se basa en la recolocación de las acciones así adquiridas, no generándose

---

(206) Ídem.

(207) Cfr. el apart. 11, *supra*.

(208) Cfr. la n. 203, *supra*, y el texto a ella correspondiente.

(209) Obsérvese que, a diferencia de lo que sucede con la generalidad de las infracciones al régimen de adquisición de acciones por su emisora, el exceso respecto de los límites cuantitativos previstos en el art. 64, inc. d), de la ley 26.831 no arroja la nulidad de la operación infractora, sino los efectos —de otro tipo— previstos en el art. 65. Cfr. el apart. 15, *infra*.

(210) Deberán cumplirse los requisitos de la ley 26.831, en materia de ofertas públicas de adquisición.

(211) Se busca así limitar el impacto de estas adquisiciones sobre los precios de mercado de las acciones.

así una reducción de capital. Sin embargo, como se verá seguidamente, existen excepciones a esta regla básica.

Las acciones adquiridas en virtud de lo dispuesto en el art. 64 de la citada ley deberán ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo máximo de tres años a contar de su adquisición. Transcurrido el plazo indicado y no mediando resolución asamblearia, el capital quedará disminuido de pleno derecho en un monto igual al valor nominal de las acciones que permanezcan en cartera (212), las cuales quedarán canceladas.

El efecto así establecido implica, inicialmente, una reducción del capital de la sociedad. Pero como no hay en esta etapa una salida del activo correspondiente a esa reducción de capital (213), debe crearse una cuenta especial del patrimonio neto que refleje esta particularidad de su composición (214).

La reducción del capital ordenada por el art. 67 de la ley 26.831 no es voluntaria, pues responde a un efecto establecido de pleno derecho por esa ley. No hay, por lo tanto, posibilidad de recurrir al régimen de oposición que a favor de los acreedores prevé, en otros casos de reducción de capital, la LGS. Los acreedores están protegidos por el hecho de que la adquisición que da origen a la reducción se imputa a utilidades o reservas libres o facultativas, cuyo monto —y posibilidad de distribución— se ve consiguientemente reducido.

El art. 67, citado, prevé la posibilidad de que una resolución asamblearia prorrogue el plazo inicialmente fijado para enajenar las acciones. Como en otros casos similares, la resolución de la asamblea debe fundarse en el interés de la sociedad. No se prevén límites legales a estas prórrogas.

A fin de llevar a cabo la enajenación de las acciones propias prevista en el citado art. 67, la sociedad deberá realizar una oferta preferente de las acciones a los accionistas en los términos establecidos en el art. 221 de la LGS, o sea que se aplica el derecho de preferencia que en forma general prevé el art. 194 de la LGS (215). No será obligatoria esa oferta cuando se trate de cumplir un programa o plan de compensación a favor de personal dependiente de la sociedad o las acciones se distribuyan entre todos los

---

(212) O sea, las que permanezcan en así en exceso del plazo legal.

(213) A diferencia de lo que sucede en la etapa de adquisición de las acciones, en la que sí se produce una salida de activos y una correspondiente reducción en las utilidades y reservas de la sociedad.

(214) Obsérvese que, a diferencia de los casos de amortización de acciones, la sociedad no emite bonos de goce u otros títulos en reemplazo de las acciones canceladas.

(215) Cfr. el apart. 12, *supra*.

accionistas en proporción a sus tenencias (216) o respecto de la venta de una cantidad de acciones que dentro de cualquier período de doce meses no supere el uno por ciento del capital accionario de la sociedad, siempre que en tales casos se cuente con la aprobación previa de la asamblea de accionistas.

Como en el caso de las enajenaciones llevadas a cabo bajo el régimen de la LGS, si los accionistas no ejercieren, en todo o en parte, el derecho preferente antes descrito o se tratara de acciones que pueden enajenarse sin otorgar ese derecho, queda habilitada la posibilidad de disponer de las acciones mediante actos con terceros a fin de cumplir con la obligación de disposición de las acciones propias. Pero en tal caso, bajo el art. 67 de la ley 26.831, la enajenación debe efectuarse en un mercado, conforme lo define la citada ley (217).

### **15. Consecuencias de la adquisición de acciones propias en violación del régimen legal**

Conforme se ha expuesto en los apartados precedentes, el régimen legal en materia de adquisición de acciones por la sociedad que las ha emitido se basa en la prohibición general de tales adquisiciones y la autorización de éstas cuando se satisfagan ciertos requisitos. Ello lleva a la cuestión relativa a cuáles son las consecuencias de adquirir las acciones sin satisfacer tales requisitos (218).

Halperín (219) considera que se está ante “una verdadera incapacidad de la sociedad, creada por la ley en protección de la misma sociedad y de los terceros acreedores. Su violación produce la nulidad absoluta del acto. No obstante algunos autores sostienen que el vendedor no puede alegar la nulidad porque la protegida es la sociedad. Si se sostiene que la nulidad es de orden público —como que su verdadero fundamento está en la protección de la intangibilidad del capital, en beneficio de la sociedad y de los terceros acreedores—, también el vendedor podrá denunciarla y el juez deberá declararla sin adentrarse en la investigación de si la operación benefició a la sociedad en el caso específico”.

---

(216) Se admite así expresamente, a diferencia de lo que sucede en el régimen de la LGS, la posibilidad de disponer de las acciones propias mediante distribución proporcional entre los accionistas.

(217) Cfr. su art. 2°.

(218) Esta cuestión es distinta a la de las consecuencias de no enajenar debidamente las acciones lícitamente adquiridas, consecuencias que se rigen por un régimen especial, descrito en los aparts. 12 y 14, *supra*.

(219) En HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., ps. 370 y 371.

Coincidimos con esta posición. Las restricciones que pesan sobre los actos aquí condicionados limitan las atribuciones de una de las partes, en virtud de características que le son imputables, lo que es típico de la figura de incapacidad (220). Es la relación entre la sociedad y el tipo de acto de que se trata lo que impide realizarlo, y no las características del acto, que sería válido si otro fuera el adquirente de las acciones.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto al carácter relativo o absoluto de la nulidad. Un sector considera que estamos ante una nulidad relativa, por tratarse de límites fijados en amparo solamente de la sociedad (221). No coincidimos con esta posición, pues no solo se ampara a la sociedad sino también a sus acreedores y al interés público en la preservación de la organización del tipo societario de que se trata (222). Una división similar se encuentra en la jurisprudencia (223).

Por tratarse de una nulidad absoluta, puede declararse de oficio y alegarse por el Ministerio Público o cualquier interesado (224). No puede alegarse por quien invoque su propia torpeza para lograr un provecho, por lo que la sociedad podría verse impedida de alegarla (225), aunque no así sus accionistas.

Halperín (226) entiende que si el vendedor es de buena fe la sanción de nulidad no debería aplicarse, en amparo de esa buena fe y de la seguridad del tráfico jurídico (227). Ello es correcto, pero conduce a plantearse cómo se configurará la buena fe en estos casos. Los límites en la capacidad de la sociedad para adquirir las acciones que ha emitido surgen de una prohibición legal, y el vendedor no podría alegar su ignorancia del Derecho. Por lo tanto, la buena fe solo existirá en los casos relativamente

---

(220) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, cit., p. 220.

(221) Cfr. ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades...*, cit., t. 3, p. 734.

(222) Cfr. GAGLIARDO, Mariano, *Sociedades anónimas*, cit., p. 220, quien considera que se trata de una nulidad absoluta, derivada de la violación de una incapacidad jurídica.

(223) CFed.1ª Bahía Blanca, 12/9/1974, "Cfr. Bermúdez de Fernández Testa, C.N. c. David Fernández e Hijos S.A.", LL 1975-D-107, con nota de S. R. PERROTTA: Adquisición por la sociedad anónima de sus propias acciones (estableciendo que la nulidad es relativa, solo pudiendo alegarla la propia sociedad, sus accionistas y los terceros acreedores); Cám. Com. Cap., 9/9/1947, en JA 1947-II-472 (acto nulo, de nulidad manifiesta).

(224) Cfr. el art. 387 del Cód. Civ. y Com.

(225) Este impedimento debe interpretarse muy restrictivamente, pues la nulidad de una adquisición ilícita de acciones propias tiende a regularizar la organización societaria y a evitar perjuicios a terceros derivados de esa ilicitud.

(226) En HALPERÍN, Isaac y OTAEGUI, Julio C., *Sociedades anónimas*, cit., p. 371.

(227) Id. Cfr. asimismo VERÓN, Alberto V., *Tratado de las sociedades anónimas*, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 2, p. 373.

excepcionales, como los que describe Halperín, en que el vendedor no sabe ni puede diligentemente saber que la compra es realizada por la sociedad emisora, como en el caso en que se utiliza una interpósita persona o un comisionista (228).

## **16. Conclusiones**

La adquisición de acciones por la sociedad emisora constituye, en los mercados de capitales contemporáneos, un instrumento ampliamente utilizado y de gran importancia para el funcionamiento correcto de tales mercados. Las normas argentinas en la materia presentan un alto grado de restricción e incertidumbre, que obra como obstáculo a la utilización de este instrumento jurídico y financiero. La modernización del régimen de adquisición de acciones por la sociedad emisora es uno de los pasos requeridos para colocar a los mercados de capitales argentinos en situación de competir adecuadamente con otras plazas que canalizan, en el plano mundial, las colocaciones de títulos. ♦

---

(228) Respecto del Derecho español, cfr. GARCÍA LUENGO, Ramón B., "Sociedad dominante...", cit.



# HACIA UN NUEVO PARADIGMA SOCIETARIO EN EL DERECHO ARGENTINO

POR DANTE CRACOGNA

1. Introducción.
2. Planteo.
3. Síntesis histórica.
4. La situación hasta la sanción de la ley 26.994.
5. Implicancias de la derogación del Código Civil.
6. Crisis de la tipicidad.
7. Sociedades irregulares y de hecho.
8. Sociedades unipersonales.
9. Las sociedades no incluidas en la ley 19.550.
10. Las sociedades por acciones simplificadas.
11. Conclusión.

## 1. Introducción

De acuerdo con su etimología, “paradigma” significa “lo que se muestra”, es decir, un modelo o patrón, algo que puede ser tomado como ejemplo. Generalmente, un conjunto de propiedades o condiciones que se consideran relevantes para constituir un determinado objeto o materia y que, por consiguiente, demuestra resistencia a cambiar o modificarse. Como Thomas Khun lo definió modernamente, se trata de “logros científicos que generan modelos que, durante un período más o menos largo, y de modo más o menos explícito, orientan el desarrollo posterior de las investigaciones de manera exclusiva en la búsqueda de soluciones para los problemas planteados por éstas”. (1)

---

(1) Thomas S. Khun publicó, en 1962, *The Structure of Scientific Revolutions*, ensayo que conmovió profundamente el panorama de la filosofía de la ciencia y la epistemología de la época, provocando una perdurable renovación. La traducción española (*La estructura de las revoluciones científicas*) fue publicada por Fondo de Cultura Económica en 1971 con numerosas reimpresiones. Allí, el autor presenta la noción de paradigma que alcanzaría predicamento universal y el proceso gnoseológico caracterizado por las “revoluciones científicas”, superador de las concepciones entonces vigentes. El enfoque khuniano —que no se desarrolla en este trabajo pero que subyace en él— brinda un esquema teórico sumamente interesante para su aplicación a la ciencia jurídica y, en particular, para el estudio de la evolución del derecho societario en el país.

En el derecho nacional, las sociedades han sido caracterizadas de una determinada manera que puede considerarse epitomizada en el art. 1º de la ley 19.550. Ahora ese paradigma hegemónico aparece cuestionado y asistimos a la emergencia de lo que podría considerarse, en el lenguaje de Khun, como una “crisis de paradigma” que, en cuanto tal, obviamente no presenta una alternativa totalmente definida y completa, pero evidencia —o anuncia— que se han superado las condiciones básicas que caracterizaban al que tenía vigencia hasta el presente.

## 2. Planteo

La sanción de la ley 26.994 que aprobó el Cód. Civ. y Com., derogando simultáneamente los Cód. Civil y Cod. Com. y reformando al mismo tiempo la ley 19.550, vino a replantear, o a actualizar, la reflexión teórica acerca de las sociedades en el derecho argentino. A ello se suma la reciente sanción de la ley 27.349 que crea la sociedad por acciones simplificadas (SAS), que agregó un ingrediente de notable incidencia en este tema.

Por lo tanto, no se trata, simplemente, de analizar o repasar las diferentes figuras societarias, nuevas o antiguas, dentro del panorama jurídico nacional y sus problemas específicos. Tampoco la cuestión consiste en realizar una revisión de los lineamientos comunes que el legislador adjudica, sea en forma reiterativa o novedosa, a las sociedades en general. Ocurre, por el contrario, que las nuevas disposiciones legales provocan alteraciones sustanciales que, sumadas a la corriente de ideas y de normas que se vienen sucediendo en los últimos tiempos, hacen aflorar a la consideración de la doctrina cuestiones que ponen en tela de juicio concepciones que podían reputarse recibidas y consolidadas. Tal examen es, por sí mismo, válido, aun cuando sus conclusiones pudieran resultar controvertibles y, ciertamente, no definitivas. Pero es innegable que el panorama societario ha experimentado un cambio que amerita su análisis crítico para poner en la fragua ciertos esquemas y conceptos tenidos por recibidos.

La doctrina tiene, pues, por delante, la tarea inaplazable de abordar el tema con miras a una puesta al día que represente una síntesis del estado del arte en la materia, superando la limitada labor descriptiva o simplemente exegética y, más aun por cierto, el mero empeño de resolver los aspectos prácticos involucrados; todo ello es obviamente útil, pero insuficiente frente a las renovadas exigencias teóricas que plantea el momento actual.

De ello se trata, de aprehender el material legislativo y someterlo a un examen crítico y la consiguiente sistematización teórica capaz de presentar una visión, al menos aproximativa, del estado del paradigma societario actual a fin de satisfacer una necesidad epistemológica evidente.

### 3. Síntesis histórica

El abordaje del tema ha menester de una sinopsis histórica introductoria que ubique sus principales lineamientos y conocer sus hitos fundamentales a fin de comprender su devenir y su estado presente.

El Cód. Com. de 1859/62 solamente legislaba las sociedades colectivas, de capital e industria, en comandita, anónima y accidentales o en participación. La reforma de 1889 incorporó las cooperativas mediante tres artículos. Las compañías o sociedades eran definidas por el art. 282: “La compañía o sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar.” A su vez, calificaba a las sociedades anónimas como mercantiles, aunque no tuvieran por objeto realizar actos de comercio.

La ley 340 sancionó el Cód. Civil con vigencia a partir del 1° de enero de 1871 y legisló las sociedades —llamadas por eso “civiles”— dentro del libro de las obligaciones en la sección de los contratos, desde el art. 1648 al 1788. Las definía de manera sustancialmente similar a las sociedades mercantiles: “Habrá sociedad, cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado.”

Quedaban así delineadas —conforme con la doble codificación constitucionalmente prescripta— las sociedades mercantiles por un lado, cuando su objeto era practicar actos de comercio, y civiles por otro, clásica distinción que se mantendría durante casi un siglo y medio, dando lugar a una profusa elaboración doctrinaria y jurisprudencial.

En 1926 se dictó la ley 11.388, que estableció un régimen especial y más amplio para las llamadas sociedades cooperativas derogando los arts. 392 a 394 del Cód. Com., a la vez que incorporaba dicha ley al mencionado Código. La razón del nuevo régimen era la insuficiencia de la reducida normativa vigente para caracterizar a entidades de rasgos peculiares y en constante expansión.

A su vez, la ley 11.645 incorporó al Cód. de Com. las sociedades de responsabilidad limitada autorizando que las “sociedades civiles o comerciales existentes o las que se constituyan después, podrán transformarse en sociedades de responsabilidad limitada sin perjuicio de terceros” (art. 23). Se ampliaba de tal suerte el régimen de limitación de responsabilidad a sociedades que podían constituirse y funcionar sin las gravosas exigencias impuestas a las sociedades anónimas.

Por su parte, el dec.-ley 15.349 de 1946, ratificado por la ley 12.962, creó las sociedades de economía mixta (SEM), incorporando sus disposiciones al Cód. de Com.. Estas sociedades podían ser personas de derecho público o privado “según sea la finalidad que se proponga su constitución” (art. 2°). La asociación entre el Estado y los particulares se ofrecía como modelo para la realización de actividades económicas que requerían importantes inversiones a cargo del primero y una eficiente gestión por parte de los segundos.

La ley 17.318 creó la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (SAPEM), definida como aquella en la que el Estado nacional, los estados provinciales, los municipios, los organismos estatales autorizados al efecto o las sociedades anónimas sujetas a este régimen sean propietarios, individual o conjuntamente, de acciones que representen por lo menos por el cincuenta y uno por ciento del capital social, suficientes para prevalecer en las asambleas. La SAPEM constituía una variante a las SEM y a las empresas del Estado creadas por diversas leyes, mediante la aplicación de las reglas de las sociedades anónimas, dotándolas de mayor agilidad.

La ley 20.705 creó las sociedades del Estado, con la singularidad de que podían ser las únicas sociedades unipersonales, siempre que se constituyeran por el Estado nacional, provincial o municipal u organismos estatales “con exclusión de toda participación de capitales privados” (art. 1°). La ley permitió que las SAPEM, las SEM y las empresas del Estado se convirtieran en sociedades del Estado (art. 9°) y estableció que se rigen supletoriamente por las disposiciones de las sociedades anónimas. Además, las sustrajo de la aplicación de las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos (art. 6°).

Con este variado plexo de legislación societaria se llega a 1972, año en que se sanciona la ley 19.550 que vino a introducir un profundo ordenamiento, cambio y modernización en el régimen hasta entonces vigente. Debe tenerse presente que, en lo fundamental, el régimen de las sociedades mercantiles en general continuaba siendo el que incorporó la reforma del Cód. de Com. de 1889, al que se fueron sumando las leyes especiales para ciertas sociedades; de manera que se trataba de una normativa antigua, dispersa y desordenada que la jurisprudencia y la doctrina procuraban mantener actualizada a tono con las cambiantes exigencias de la realidad del tráfico mercantil.

La nueva ley recondujo las sociedades comerciales a un sistema unificado y organizado mediante una estructura técnicamente avanzada, dotada de una amplia parte general con disposiciones comunes a todas las sociedades y una parte especial con secciones dedicadas a cada sociedad

en particular: colectiva; de capital e industria; en comandita; de responsabilidad limitada; anónima; anónima con mayoría estatal; en comandita por acciones y accidental o en participación. No incluyó a las sociedades del Estado y mantuvo inalterado el régimen de las cooperativas y de las SEM (art. 389).

La única reforma de importancia que sufrió la ley 19.550 —antes de la ley 26.994— consistió en la ley 22.903 que, entre otras modificaciones, incorporó el capítulo tercero dedicado a los contratos de colaboración empresaria, pero no alteró de manera sustancial la economía de la regulación societaria, manteniendo la rigidez de la tipicidad prescripta por el art. 1° y celosamente resguardada por la nulidad impuesta por el art. 17 para las sociedades de los tipos no autorizados por la ley.

#### **4. La situación hasta la sanción de la ley 26.994**

Hasta el 1° de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. y de la reforma de la ley 19.550, la materia societaria continuaba reconociendo la existencia de dos clases de sociedades: las regidas por el Cód. Civil y las reguladas por la ley 19.550, integrada al Cód. Com. (art. 384). La cuestión acerca de sus diferencias radica tanto en aspectos teóricos generales como en las disposiciones específicas del régimen legal de cada una de ellas.

En general, la teoría considera a las asociaciones como el género y a las sociedades y las asociaciones propiamente dichas como especies, siendo las primeras de carácter egoísta o lucrativo y desinteresadas las segundas. Vale decir que el rasgo que caracteriza a las sociedades es su propósito de obtener ganancia para repartir entre sus integrantes. Las asociaciones, en cambio, tal como dispone el nuevo Cód. Civ. y Com., no pueden perseguir el lucro como fin principal ni tener por fin el lucro para sus miembros (art. 168). Tanto las sociedades civiles cuanto las comerciales se ubican, pues, como entidades que persiguen una finalidad de lucro para sus integrantes. La diferencia entre ellas consiste en que, conforme establece el art. 1° de la ley 19.550, las comerciales se organizan como empresas para la producción o intercambio de bienes o servicios, en tanto que ese requisito no lo exigía el Cód. Civil para las sociedades civiles (art. 1648). En efecto, la Exposición de Motivos de la ley 22.903, modificatoria de la ley 19.550, incidentalmente, al tratar acerca de los contratos de colaboración empresaria manifiesta en forma clara que “... a tenor del art. 1° de la ley es la empresa en sentido económico lo que constituye el objeto genérico y abstracto de toda sociedad mercantil que se presenta entonces como el recurso técnico de toda organización pluripersonal que persiga la producción de bienes o servicios.” Distinto es el caso de las sociedades civiles,

en tanto su definición legal no las vincula con la noción de empresa, limitándose a señalar que su fin es “obtener alguna utilidad apreciable en dinero” del empleo que hicieren de lo que los socios hubieran aportado (art. 1648 Cód. Civil).

Ahora bien, la reforma introducida en la ley 19.550 por la ley 26.994 elimina del art. 1º la referencia a la sociedad “comercial”, como así suprime del título de la ley mencionada en primer término la mención de sociedades “comerciales” y reforma de igual manera el título de la Sección I del Capítulo Primero. Ello implica, claramente, que en la legislación argentina ya no existen sociedades “comerciales”. De tal suerte que ahora no hay más sociedades civiles ni sociedades comerciales, existen solamente “sociedades” a secas. La doctrina tendrá, pues, la tarea de re-elaborar la teoría general de las sociedades a fin de lograr un concepto unificador que dé cuenta de esta nueva regulación legal, superando las distinciones secularmente reconocidas entre unas y otras.

Sin embargo, el texto reformado del art. 1º de la ley 19.550 mantiene la referencia a la “organización” (conforme a los tipos en ella previstos), como así la alusión al objeto de “producción o intercambio de bienes o servicios”; ambas menciones están orientadas a la noción de empresa. Por otra parte, la Exposición de Motivos del texto original de la ley 19.550 explicaba que la organización se relaciona “con la idea económica de empresa -que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles-”. Se advierte claramente que la referencia a la empresa se explicaba por tratarse de la regulación de las sociedades comerciales, pero se mantiene ahora a pesar de que la ley ya no trata de ellas sino de las sociedades en general, lo cual lleva a cuestionar si las sociedades civiles son reconducibles a ese redil o si la nueva noción de sociedad debería zafar del anclaje empresarial.

## **5. Implicancias de la derogación del Código Civil**

El art. 3º de la ley 26.994 dispuso la derogación del Cód. Civil, aprobado por la ley 340. Dicha disposición significó dejar sin sustento legal a la sociedad civil regulada por los arts. 1648 a 1788 del código de Vélez Sarsfield, puesto que ninguna norma del Cód. Civ. y Com. hace referencia a dichas sociedades ni brinda solución alguna para la suerte futura de las existentes.

Por otra parte, como se recordó, en virtud de las modificaciones incluidas en el Anexo II de la ley 26.994, la ley 19.550 pasa a denominarse “Ley General de Sociedades”, con lo que parecería que sus disposiciones habrán de regir también a las sociedades civiles existentes al momento de su sanción, ya que obviamente no sería viable constituir nuevas.

La situación descrita ha provocado desconcierto y controversia en la doctrina. Una parte sostiene que las sociedades civiles existentes pasan a estar comprendidas en la Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550 en su nueva redacción; es decir que serían sociedades que algunos llaman “simples” o “residuales”. Otros opinan que, en tanto no tengan la forma organizada y el objeto empresario —producción o intercambio de bienes o servicios— que exige el art. 1° de la ley, no tendrán carácter de sociedades y, en todo caso, han de ser consideradas como contratos asociativos (especialmente agrupaciones de colaboración) previstos en el Libro Tercero del Cód. Civ. y Com.. Finalmente, hay quienes sostienen que estas sociedades continuarán existiendo como sociedades civiles, como fueron creadas y según su propia naturaleza.

Esta última opinión parece la más plausible, toda vez que resulta claro que el legislador suprimió estas sociedades para el futuro al dejarlas huérfanas de legislación, pero no resulta igualmente evidente que haya pretendido violentar la voluntad de quienes celebraron oportunamente un contrato en el marco de la legislación entonces vigente y con pleno respeto de sus disposiciones específicas. En todo caso, habrá de tenerse presente la norma del art. 7° Cód. Civ. y Com. sobre eficacia temporal y, a todo evento, la vigencia de principio de preservación de la personalidad jurídica.

Por fin, ha de considerarse —conforme con el apotegma del legislador racional— que si el codificador hubiera querido darle otro destino a la sociedad civil hubiera podido hacerlo siguiendo, simplemente, el Proyecto de Cód. Civil de 1998, como reconoce haberlo hecho en muchos otros casos, tal como afirman los Fundamentos

## **6. Crisis de la tipicidad**

La ley 19.550 consagró la tipicidad societaria en forma terminante. Esta constituye un rasgo fundamental, sin duda el de mayor relieve, del régimen de las sociedades comerciales instaurado por dicha ley. En efecto, la noción misma de sociedad con que se inicia ese régimen legal determina que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas se organicen “conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley”. Vale decir que el tipo se convierte en una nota esencial de la sociedad; no hay sociedad comercial si esta no estuviera organizada conforme uno de los tipos que la ley establece. Así lo ratifica rotundamente el anterior art. 17 de la citada ley cuando prescribe que “es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley”. De tal suerte, la opción era concluyente: o se adoptaba la tipicidad legalmente establecida o se sufría la nulidad con la que la ley fulminaba a los tipos no autorizados.

Ahora, la reforma de la ley 19.550 introducida por la ley 26.994 ha venido a cambiar radicalmente la situación al determinar que en caso de infracción a los requisitos esenciales tipificantes o de inclusión de elementos incompatibles con el tipo legal “la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo” (art. 17 nuevo). Vale decir que, aun manteniéndose en la definición del art. 1° cuando dice “habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley ...”, se admite que puedan existir sociedades no organizadas conforme con ellos y se le establecen reglas especiales para su regulación: las de la Sección IV del Capítulo I.

El giro no podía ser mayor. Ahora, simplemente, las sociedades pueden ser típicas o no y ser igualmente sociedades. La tipicidad ha devenido una opción, no una exigencia. En rigor, la mención de los tipos previstos por la ley que formula el art. 1° de la ley 19.550 se debe entender como elección, no como obligación; vale decir que ahora la ley brinda la posibilidad de acogerse a un tipo o no hacerlo, a pesar de que el nuevo concepto de sociedad no lo manifieste expresamente. En suma, habrá sociedad, sea esta típica o no, tal como surge del art. 17 de la ley 19.550 reformada.

Las consecuencias previstas por las actuales disposiciones de la Sección IV para las sociedades atípicas se apartan completamente de las que se hallaban establecidas en la anterior versión de la ley 19.550, que revestían extrema severidad: el régimen de responsabilidad solidaria de los socios, sin posibilidad de invocar el beneficio del art. 56 ni las limitaciones fundadas en el contrato social (art. 23, primer párrafo); los socios no podían invocar entre sí ni respecto de terceros defensas nacidas del contrato social (art. 23, segundo párrafo); todos los socios representaban a la sociedad frente a terceros (art. 24) y cualquiera de los socios podía exigir la disolución de la sociedad (art. 22, tercer párrafo), si bien la ley 22.903 permitió la regularización mediante la adopción de uno de los tipos previstos, bajo determinadas condiciones (art. 22, primer y segundo párrafos).

En cambio, el nuevo régimen comienza por variar el título de la Sección, poniendo en evidencia su nuevo contenido: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos” y establece la responsabilidad simplemente mancomunada y por partes iguales de los socios, salvo disposición en contrario del contrato, estipulación expresa respecto de una o más relaciones o reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar (art. 24); la posibilidad de invocar el contrato social entre los socios y aun frente a terceros si se prueba que lo conocieron al tiempo de la contratación (art. 22), al igual que las cláusulas sobre administración y representación (art. 23); pueden adquirir bienes registrables bajo ciertas

condiciones (art. 23) y pueden subsanarse por iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo, estando a cargo del juez suplir la falta de acuerdo entre los socios (art. 25).

La rígida tipicidad impuesta por la ley 19.550 fue fundamentada por sus autores en el “convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse el sistema opuesto.” Y sostenían que el legislador tenía competencia para concretar nuevos tipos societarios, si lo estimara conveniente. Sobre esta base se construyó el sistema de la tipicidad al que la ley 26.994 eliminó sin que los Fundamentos del Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. se explicasen acerca de los motivos.

Cabe destacar que el dec. 191/11 que dispuso la elaboración del “Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” puntualizó en sus considerandos que la tarea habría de cumplirse “sin sustituir la legislación especial”. A su vez, los mencionados Fundamentos señalan que se respetan los “microsistemas normativos autosuficientes” —entre los cuales se cuenta, precisamente, la ley 19.550—, enfatizando que se ha tratado de no modificar otras leyes “excepto que ello fuera absolutamente necesario”, pero agrega: “Sin embargo, es necesario hacer modificaciones a la ley de sociedades, conforme lo hizo el Proyecto de 1998 y lo sostiene la mayoría de la doctrina. Estas reformas no pretenden alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del Código y se refieren a temas específicos.” A continuación se expresan una serie de temas acerca de los cuales se proponen reformas, pero entre ellos no se menciona la desaparición de la tipicidad. Tal vez el motivo de esa ausencia sea que el art. 1º de la ley 19.550 mantiene la referencia a los tipos y que el segundo párrafo del art. 17 prescribe que las sociedades constituidas en infracción al tipo legal no producen los efectos propios de su tipo, sino que se rigen por otras disposiciones (las de la Sección IV), pero son igualmente sociedades. Ya no se las fulmina con la nulidad prescripta por el art. 17 en su anterior redacción, sino que ahora solamente se las somete a un régimen diferente previsto por la misma ley.

Esta profunda innovación introducida por la ley 26.994 puede explicarse como un avance en el reconocimiento de libertad contractual y, más aun, del derecho de asociación incorporado en la CN. De manera que los particulares pueden optar con mayor amplitud de posibilidades cuando deciden acudir a la asociación entre sí para realizar actividades económicas. Debe, asimismo, tenerse presente la mayor amplitud otorgada por la aludida ley para la constitución de sociedad entre cónyuges (art. 27, ley 19.550) y para que las sociedades por acciones formen parte de otras sociedades, a lo cual se agrega la amplia permisión del art. 30 (meramente

aclaratoria, en rigor) para ser parte en contratos asociativos, ahora trasladados al Cód. Civ. y Com. A todo ello cabe agregar la derogación del control de legalidad que resulta del nuevo texto del art. 6°, ley 19.550.

## **7. Sociedades irregulares y de hecho**

La cuestión relativa a la regularidad también aparece profundamente modificada en virtud del nuevo régimen. En efecto, por un lado se mantiene la norma que establece que “la sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio” (art. 7°, ley 19.550), pero, por otro, desaparece la referencia a la “sociedad no constituida regularmente”, como la denominaba el anterior título del Sección IV. En esta última se hallaban confinadas las sociedades de hecho con un objeto comercial y “las sociedades de los tipos autorizados que no se constituyan regularmente”, es decir, que no llegaran a inscribirse en el Registro Público de Comercio. De manera que ambas —sociedades de hecho e irregulares— quedaban sujetas a las disposiciones de la vieja Sección IV. Ahora ya no se hace referencia a consecuencias de la irregularidad, pues el nuevo art. 21 la eliminó, a pesar de que permanece la noción de que solo son regulares las sociedades inscritas (art. 7°). Cabe concluir que ha de entenderse que, a pesar de lo dicho, las sociedades irregulares quedan comprendidas dentro del enunciado amplio del art. 21 y, consiguientemente, sujetas a las disposiciones de la Sección IV.

Similar conclusión parece imponerse con relación a las sociedades de hecho con objeto comercial que mencionaba el anterior art. 21, ley 19.550, puesto que, en virtud de la reforma dispuesta por la ley 26.994, fueron eliminadas del nuevo texto del artículo y ninguna mención se hace de ellas. De lo dicho se desprende que las sociedades de hecho —sean con objeto comercial o civil— han de ser subsumidas entre aquellas que omitan requisitos esenciales o incumplan con las formalidades exigidas por la ley (especialmente su constitución por instrumento público o privado, como exige el art. 4°, ley 19.550), de tal suerte que vienen a quedar regidas por las disposiciones de la Sección IV, como sucede con las sociedades irregulares y atípicas, pese a las dificultades derivadas de su falta de instrumentación por escrito.

Una cuestión que también adquiere un perfil novedoso en virtud de la reforma introducida por la ley 26.994 es la relativa al plazo de duración de la sociedad, pues, si bien el nuevo art. 11, inc. 5, ley 19.550 prescribe que el instrumento constitutivo debe establecer el plazo de duración de la sociedad “que debe ser determinado”, el art. 100 reformado por la aludida ley autoriza que las causales de disolución —entre las que se cuenta la ex-

piración del plazo de duración— pueden ser removidas por decisión del órgano de gobierno si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad de la sociedad.

## **8. Sociedades unipersonales**

El concepto de sociedad comercial del art. 1° del texto original de la ley 19.550 estableció el requisito de la pluralidad de personas para constituir la sociedad, a tono con el carácter de contrato plurilateral de organización con el que se caracteriza a la sociedad. Esta plurilateralidad existe aun cuando sean solo dos los socios, tal como aclara la Exposición de Motivos.

El alcance de la pluralidad dio lugar a controversia, toda vez que algunos sostuvieron que debía ser material, es decir que todos los socios debían tener una participación significativa, en tanto otra parte de la doctrina sostuvo que la ley solamente exigía pluralidad de socios, sin inmiscuirse en la participación con la que cada uno debería contar en ella.

Si bien la unipersonalidad de las sociedades es una cuestión largamente debatida en el país y acerca de la cual existen posiciones encontradas, en los últimos años la discusión se fue decantando mayoritariamente hacia una posición favorable, que fue finalmente acogida en la reforma introducida por la ley que aprobó el Cód. Civ. y Com. Los Fundamentos destacan que “la idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto- en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple.” Cabe recordar que el Anteproyecto propiciaba una mayor amplitud para esta figura, que fue luego restringida por el Ministerio de Justicia, con lo que se frustró en buena medida el objetivo perseguido con su reconocimiento toda vez que dejó de ser una opción pretendidamente conveniente para las pequeñas y medianas empresas. Las pesadas exigencias planteadas a las sociedades anónimas unipersonales (SAU) en cuanto al directorio y la sindicatura en el texto reformulado por el P.E. –y sancionado como Ley 26.994— fueron posteriormente superadas en virtud de las disposiciones de la ley 27.290, si bien subsisten críticas acerca de otros aspectos de la figura elegida.

De todas maneras, la incorporación de la sociedad unipersonal constituye una importante renovación del régimen societario nacional que viene a poner fin a una larga controversia. Significa —consecuencia no menor desde el punto de vista de la teoría del derecho societario— soslayar la base contractualista sobre la que tradicionalmente se reputaba asentada la sociedad toda vez que su existencia dimanaba de la voluntad de “dos o más personas” que se obligaban a realizar aportes para

aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, según la definición del art. 1° de la ley 19.550 en su anterior redacción. Ese contrato plurilateral de organización —como la doctrina lo consideraba de manera prácticamente unánime— se hallaba expresamente reconocido por los arts. 4°, 5° y otros de la ley, en tanto que, a partir de la modificación introducida por la ley 26.994, la sociedad surge de un contrato, si es plurimembre; o de una declaración unilateral de voluntad, si es unipersonal. Aunque el nuevo art. 1° de la ley 19.550 no se haya modificado en este punto para hacerse cargo cabal de la nueva situación, el art. 5° en su nueva redacción sustituyó la palabra “contrato” por “acto” constitutivo.

### **9. Las sociedades no incluidas en la ley 19.550**

Si bien en su momento la ley 19.550 constituyó un encomiable esfuerzo por lograr una estructura sistemática de la legislación societaria y recondujo a su texto buen número de las sociedades comerciales entonces existentes, son varias las que quedaron fuera de ella y otras se crearon posteriormente, con lo que la dispersión subsiste, agravada.

Distintas razones explican la aparición —y subsistencia— de estas sociedades por fuera del régimen general: algunas por el surgimiento de nuevas necesidades del tráfico mercantil y otras por tratarse de formas diferenciadas que requieren de un tratamiento especial. Por lo general, estas sociedades se rigen en forma subsidiaria por las disposiciones de la ley 19.550, toda vez que esta contiene un régimen general amplio que sirve para complementar las normas específicas propias de cada una de ellas, pero no integran dicha ley.

Así, las sociedades de garantía recíproca nacieron en virtud de las disposiciones del Capítulo II de la ley 24.467, dedicada a establecer el régimen de las pequeñas y medianas empresas. Su objeto es facilitar el acceso al crédito por las PYMES mediante el otorgamiento de garantías para el cumplimiento de sus obligaciones; accesoriamente pueden brindarles asesoramiento técnico, económico y financiero. Sus principales características consisten en la variabilidad del capital y la existencia de dos categorías de socios, a saber: “partícipes”—las PYMES que pueden acceder a las garantías de los créditos y al asesoramiento— y “protectores”—personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, que aporten al capital y al fondo de riesgo para las garantías—.

El Cód. Minería, por su parte, estableció las llamadas compañías de minas reguladas por los arts. 286 y ss. y la ley 20.094 de Navegación reconoce la sociedad de coparticipación naval en los arts. 183 y ss.

Las cooperativas merecen una consideración especial pues, habiendo estado integradas originariamente al Cód. Com. de 1889 y luego regidas por la ley 11.388, también incorporada a dicho Código, pasaron a tener un régimen propio en virtud de la ley 20.337 y solamente se le aplican supletoriamente las disposiciones sobre las sociedades anónimas en cuanto se concilien con las de dicha ley y con la naturaleza de las cooperativas (art. 118). La especificidad de las cooperativas está ratificada por la prohibición de transformarse en “asociaciones civiles o sociedades comerciales” (art. 6º, ley 20.337) y, si bien esta última categoría ha desaparecido en virtud de la ley 26.994, queda en pie la voluntad legislativa de prohibir toda transformación. A ello debe agregarse como dato ratificadorio de la singularidad de las cooperativas la mención de ellas como personas jurídicas privadas diferentes de las sociedades que efectúa el art. 148 Cód. Civ. y Com.

Por fin, deben mencionarse las sociedades que, sin constituir un tipo diferenciado, existen como modalidades de las demás, o de algunas de ellas en particular, con características singulares. Entre ellas se cuentan las sociedades entre cónyuges, ahora con nuevas normas introducidas por la ley 26.994; las sociedades de profesionales, hasta ahora constituidas generalmente como sociedades civiles; las llamadas sociedades “de componentes” de relativa frecuencia entre empresarios del transporte. Por cierto, también cabe mencionar los subtipos de las SA: las llamadas cerradas o de familia y las abiertas, además de las recientes sociedades anónimas de propósito específico para la suscripción y ejecución de contratos de participación público-privada previstas por la ley 27.238 (arts. 8º y 9º) y las dedicadas al *crowdfunding* establecidas por el art. 23 de la ley 27.349.

Un intento malogrado de creación de una nueva figura societaria fue realizado por el DNU 1406/01 que introdujo las sociedades laborales, pretendiendo remedar —aunque de manera defectuosa— la exitosa experiencia española de las sociedades anónimas laborales. La intención del legislador era plausible: facilitar la constitución de sociedades en las que los socios capitalistas realizan aportes que complementan el que efectúen los trabajadores en forma mayoritaria; empero, las graves deficiencias técnicas del mencionado decreto frustraron la iniciativa. Frente a la actual situación económica, cabría considerar la adecuación de esta forma societaria.

Entretanto, han surgido varios proyectos de incorporar nuevas sociedades al elenco existente, sin éxito hasta el momento. Un caso sonado —y controvertido— es el de las sociedades anónimas deportivas, consideradas un remedio a la difícil situación económico-financiera de algunos clubes de fútbol organizados como asociaciones civiles. Otro proyecto es

el de dotar a las sociedades de familia de un tipo especial, diferenciado de los existentes, pues se afirma que estos no resultan adecuados a las características y exigencias propias de esta particular clase de entidades. Finalmente, al momento se encuentra en trámite legislativo un proyecto de ley originado en el P.E. a fines de 2016 que crea las denominadas sociedades BIC (de beneficio e interés colectivo) que, si bien no constituyen un tipo especial, presentan ciertas características singulares toda vez que “se obligan a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad, en las formas y condiciones que establezca la reglamentación” (art. 1º), apartándose de la búsqueda exclusiva de ganancias para sus socios.

### **10. Las sociedades por acciones simplificadas**

Novedad de significativa importancia constituye la sociedad por acciones simplificada (SAS), que ingresa al elenco societario nacional mediante la ley 27.349 publicada en el BO el 12/4/2017. La nueva figura surge en el campo societario a menos de dos años de la entrada en vigencia de la ley 26.994 que, además de aprobar el Cód. Civ. y Com., introdujo importantes reformas en la ley 19.550. Vale decir que la SAS pudo haber sido ubicada dentro del contexto de la Ley General de Sociedades de manera orgánica y sistemática, pero debió esperar. Empero, aun en esta nueva oportunidad, fue legislada por fuera del régimen societario general y dentro del marco de una ley más amplia, que instituye un régimen especial para fomento de los emprendedores. No obstante, prescribe la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley 19.550 “en cuanto se concilien con las de esta ley” (art. 33, *in fine*, ley 27.349).

De tal suerte, la aparición de la nueva figura fuera del contexto de la Ley General de Sociedades puede llevar a concluir que se trata de un régimen especial —autosuficiente en principio— diverso del que corresponde al resto de las sociedades. Esta interpretación se refuerza si se tiene en cuenta que el proyecto del P.E. que dio origen a la ley 27.349 limitaba asimismo la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley 19.550 a aquellas que se conciliaran con “la naturaleza de la SAS”.

El mensaje del P.E. que acompañó al proyecto de ley destaca “la necesidad de contar con un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, en particular, aquellas micro, pequeñas y medianas ... ante la insuficiencia de las formas o tipos regulados en la Ley General de Sociedades N° 19.550, t.o. 1984, frente a las nuevas expresiones de formas empresarias que requieren marcos normativos más dinámicos, menos rígidos y plazos de inscripción abreviados”. Este párrafo pone énfasis en varios aspectos fundamentales para la caracterización de la SAS, a saber: a) su regulación constituye un cuerpo normativo *autónomo*; b) está previsto especialmente

para las PYMES y c) viene a superar las insuficiencias de la Ley General de Sociedades mediante un marco normativo más dinámico, menos rígido y con plazos abreviados de registración.

La nueva sociedad –que puede ser unipersonal con menores exigencias que la SAU— conjuga caracteres de la S.A. en cuanto a la división del capital en acciones (art. 40, ley 27.349) y de la S.R.L. en cuanto a los órganos sociales (art. 49) y la garantía solidaria e ilimitada de los socios por la integración de los aportes (art. 43). A dichos caracteres se suman las notas propias de la figura, de lo que resulta una sociedad de perfil singular —híbrido, podría decirse— y con fuerte impronta de libertad contractual, que se sobrepone a las rigideces legalmente imperativas.

Profundizando los fundamentos del proyecto, el mensaje del P.E. subraya que la libertad de asociación consiste en un derecho natural que, además, se encuentra expresamente reconocido en el art. 14 de la CN. Afirma que ese derecho implica la libertad de creación de sociedades y su regulación contractual, con sustento en el principio de autonomía de la voluntad. Esta fundamentación resume el trasfondo filosófico que inspira al proyecto: abrir cauce al ejercicio de la libre iniciativa de las personas sin sujeción a trabas ni condicionamientos burocráticos.

## **11. Conclusión**

El derecho societario argentino acaba de incorporar profundos cambios que se manifiestan, básicamente, tanto en la reforma introducida a la ley 19.550 por la ley 26.994 como en la creación de la SAS. No se trata solamente de variantes en los tipos o subtipos societarios, como podrían ser los que fueron incorporados con posterioridad a la Ley de Sociedades Comerciales o reconocidos por esta, sino de modificaciones sustanciales que transforman el régimen hasta ahora vigente. Es en este sentido que podemos hablar de una crisis de paradigma toda vez que el modelo anterior ha sido profundamente conmovido, aun cuando se mantengan algunas de sus características y enunciados verbales.

Asistimos, pues, a una transformación cuyos efectos se irán viendo en adelante, no solamente por obra de la doctrina y la jurisprudencia, sino, fundamentalmente, por las consecuencias que se produzcan en el terreno empresarial a raíz del surgimiento de nuevas formas legales que den cobijo a iniciativas novedosas capaces de impulsar el desarrollo económico y contribuir a la prosperidad general. ♦



# ESENCIA DE LA SOLIDARIDAD (LEGAL)

POR MARIANO GAGLIARDO

## I. Planteo del Tema

1. El llamativo fenómeno de la evolución incesante y continua del derecho objetivo, producido en todos los tiempos, se ha manifestado de manera sorprendente desde finales del siglo XVIII. Un mero repaso de los textos legales, doctrinarios y jurisprudenciales, nacionales y extranjeros, dan cuenta de la intensidad y profundidad de las referidas circunstancias.

En las instituciones de derecho civil o comercial, que son las que aparecen más firmemente asentadas, es visible la referida transformación con una espontaneidad y una rapidez que a veces sobrepasa todas las previsiones (1).

Y así se advierte que tal fenómeno es difícilmente conciliable con la concepción clásica del derecho objetivo: si este profundiza sus orígenes en la naturaleza de las cosas, interpretada por la razón no se comprende bien cómo puede desprenderse tan fácilmente de principios considerados como universales e indestructibles que, en razón de lo dicho, parecen relativos y, conservando su carácter de principios, deberán adaptarse a las circunstancias cambiantes y que esta adaptación requiere de algunas matizaciones. Y, con tal motivo, se advierte que cualquier explicitación tiene de contingente e impreciso, lo difícil que es medir el alcance de una figura y, en ciertas circunstancias, cómo la falta de límites definidos tiende a dañar el fondo mismo del propio orden jurídico (2).

Enfrentar una figura como la solidaridad (legal) es visiblemente sencillo. La simpleza es solo aparente, pues en el referido instituto existen algunos puntos claves que parecen consabidos.

---

(1) DUGUIT, León, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, París, 1912.

(2) GÉNY, François, *La libertad en el Derecho, entre certeza e incertidumbre*, Colección crítica del Derecho, Comares, 2007, p. 85.

Y esa aparente simplicidad inicial se transforma en una complicación delicada cuando se trata de aplicar las ideas y los principios a una cuestión específica.

La esencia de la institución y los problemas que giran en su derredor contribuirán a dar un panorama del instituto.

2. En razón del postulado liminar, caben ciertos interrogantes que ciertamente contribuyen a precisar la naturaleza del instituto en análisis: ámbito de vigencia, importancia y fines, especies, lo relativo a figuras similares, sistematización de las obligaciones plurales, fuentes, la cuestión de los créditos sindicados, funciones, casos dificultosos y epílogo.

## II. Vigencia de la Relación Jurídica

3. Todas las relaciones jurídicas entre dos o varias personas son derechos personales: *strictu sensu*, el derecho personal u obligación es una relación jurídica pecuniaria entre personas.

El hombre teje alrededor suyo una red de obligaciones múltiples, que le permiten subsistir y desarrollar su actividad; la importancia de las obligaciones como elemento activo de los patrimonios es un dato de la realidad en considerable crecimiento (3).

### A) Obligación y relación obligatoria

4. La obligación, o derecho de crédito si así resulta para el acreedor, puede configurar el contenido único de una relación jurídica; la sola relación de un sujeto para con otro, es decir, como único componente. Sin embargo, lo frecuente es la relación bilateral (compraventa) o bien plurilateral (contrato de sociedad).

### B) Obligación y vínculo jurídico

5. El vínculo jurídico, noción usualmente de rápida invocación, en el lenguaje forense tiene —o alude a— un contenido relevante, pues designa un ligamen que constriñe al deudor a un determinado comportamiento (4). Se advierte, asimismo, que el vínculo no asigna fisonomía a la obligación, mas de este derivan otros deberes jurídicos. Y dichos deberes jurídicos provienen de las propias normas —es excepcional que deriven de la voluntad de las partes— e imposiciones del legislador, en razón de las

---

(3) MAZEAUD, Henri - MAZEAUD, Jean - MAZEAUD, León - CHABAS, François, *Derecho Civil. Obligaciones*, Zavallá, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 9 y ss.

(4) GIORGANNI, Michele, *La obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 139.

cuales —entre otras— no es lícito derivar el vínculo jurídico a la sola voluntad del deudor —condiciones potestativas— o bien que el plazo del contrato de locación exceda de un término prefijado en la ley.

En este breve panorama debe tenerse en cuenta que, cuando se constituye una relación obligatoria, surge un vínculo unitario en que deuda y crédito, derecho del acreedor y derecho del deudor, a raíz del *vinculum juris*, se ubican en una situación con múltiples aristas.

Aplicación de lo dicho es que el deudor queda obligado a realizar la prestación asumida, y este es el modo normal de obrar en el mundo de las obligaciones.

En razón de lo expuesto, no es infrecuente que se utilicen de manera indistinta las locuciones “relación jurídica” y “vínculo jurídico” o bien que se confundan ambos institutos. Sin embargo, las figuras son disímiles, pues el vínculo jurídico solo se limita a las correlaciones entre crédito y deuda, “situaciones jurídicas coincidentes pero contrarias dentro de una única relación obligatoria” (5).

La índole singular del vínculo jurídico no es reparo para que en una sola relación obligatoria confluyan obligaciones sinalagmáticas —por caso, una compraventa—, originando una pluralidad de vínculos jurídicos con un nexo de correspectividad; también es factible una pluralidad de vínculos sin el citado nexo —caso del depósito—, resultando que el depositario debe la guarda y la custodia y el depositante es acreedor de ambas prestaciones, suscitándose en los dos supuestos una pluralidad de vínculos jurídicos y una sola relación obligatoria.

La pluralidad de sujetos también puede resultar por circunstancias sobrevinientes, convirtiéndose en una deuda mancomunada (fallecimiento del acreedor o deudor primitivo e incorporación de los herederos), etcétera.

### III. Antecedentes de la solidaridad

6. La solidaridad es única y no existe más que una especie (6) cuyo origen se remonta al derecho romano, donde la figura, tal como es hoy concebida, se llamaba correalidad (7). La obligación correal era un medio que

---

(5) DIEZ-PICAZO, Luis, “El contenido de la relación obligatoria”, *Anuario de Derecho Civil*, N° 2, Madrid, 1964, p. 350.

(6) COLMO, Alfredo, *De las obligaciones*, 2ª ed., Buenos Aires, 1928, p. 377, ap. 528.

(7) COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henri, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Reus, Madrid, 1943, t. 3, p. 414.

tenían los contratantes de soslayar el principio de la división de las deudas, ya a beneficio de varios acreedores, o bien a cargo de varios deudores.

#### **IV. Concepto**

7. La solidaridad es una especie dentro del género mancomunación (8). En esta afirmación, se distinguen dos conceptos jurídicos.

El primero es la solidaridad en virtud de la cual la deuda se divide de pleno derecho entre los codeudores, los que entre sí no están obligados sino a su parte y porción, las cuales pueden ser repetidas de cada uno, por el que hubiese pagado la totalidad del objeto de la obligación.

En cuanto a la mancomunación, cabe el distingo entre la que fuere simple, donde la pluralidad de sujetos es extrínseca a la estructura de la obligación sujeta al principio de fraccionamiento y la coexistencia de varios acreedores o deudores no conlleva vinculación de intereses entre ellos, y la que fuere solidaria, donde el orden interno genera una asociación de intereses con motivo de la concurrencia de varios sujetos activos y pasivos (9).

En orden a la formulación legal de la noción de solidaridad, el art. 827 del Cód. Civ. y Com. alude a una pluralidad de sujetos originados en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores.

#### **V. Naturaleza jurídica**

Desarrollar esta noción equivale a describir la esencia de la figura que puede explicitársela mediante la doctrina de la representación, mientras que modernamente se argumenta que la obligación solidaria tiene por finalidad proporcionar al acreedor una mayor garantía, por el hecho de que él puede optar por elegir entre cualquiera de los deudores para que cumpla totalmente la obligación: existe una garantía recíproca (10).

Y así como el art. 827 del Cód. Civ. y Com. adopta una definición legal del instituto central, en el art. 829 fija el "criterio de aplicación" al decir que cada uno de los codeudores solidarios, en la solidaridad pasiva, y

---

(8) Doc. art. 690, Código de Vélez.

(9) LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, N° 1178, p. 477.

(10) MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de Obligaciones*, Zavallía, Buenos Aires, 2009, Vol. 2, p. 49.

cada uno de los coacreedores, en la solidaridad pasiva, representa a los demás en los actos que realiza como tal.

La teoría de la representación fue receptada en 1873, con diversas observaciones (11).

## VI. Significación

8. La importancia y fines de la solidaridad tienen, en orden a lo primero, su trascendencia según se trate de la activa o bien la pasiva. Respecto de la segunda cuestión, su relevancia se encuentra en la seguridad y comodidad en la demanda de pago —garantía de la indemnización—, solución a los problemas de identificación de los responsables, sanción ante el incumplimiento de deberes y diversidad de funciones en el derecho daños.

Los objetivos —sea cual fuere la especie de solidaridad— se logran por la convergencia de todos los vínculos, de modo que los derechos y obligaciones singulares aparecen solo como medio para la obtención de ese fin común que es la extinción de la obligación por la prestación que se cumple por uno solo y/o a uno solo (12).

## VII. Ámbito

9. La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no significa que cada uno de ellos tenga derecho a solicitar ni que cada uno de ellos deba íntegramente las cosas objeto de dicha obligación. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine.

De lo contrario, y si no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedor o deudor existan, considerándose créditos o deudas distintos unos de otros.

Un autor español que profundizara el tema (13) indica que los orígenes de no presunción de solidaridad arrancan del derecho romano y de la mentalidad individualista que lo domina. Mas no cabe controvertir que la solidaridad no solo constriñe la actuación individual —y, sobre todo, independiente— de varios acreedores o de varios deudores, sino que además la solidaridad pasiva supone una clara desventaja para los obligados.

---

(11) GÉNY, Francisco, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 133.

(12) TRIGO REPRESAS, Félix A. - Compagnucci De caso, Rubén, *Código Civil Comentado. Obligaciones*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2010, t. II, p. 133.

(13) HERNÁNDEZ GIL, G., "El principio de la no presunción de solidaridad", *Revista de Derecho Privado*, N° 359, 1947, ps. 81 y ss.

En suma, permite al acreedor exigir a uno de los deudores la totalidad del sacrificio económico de la ejecución.

En general, la doctrina señala que el principio de no presunción de solidaridad tiene su fundamento en el criterio del *favor debitoris* y en la idea de la conservación para el deudor de un mayor ámbito de libertad, subrayándose que ya en el derecho romano la piedad por el deudor prevaleció sobre los objetivos intrínsecos del crédito y del comercio.

En otra perspectiva, Hernández Gil fue uno de los autores proclives a la apertura hacia el régimen de la solidaridad pasiva. Para este autor, aun en detrimento —en ciertos supuestos— de intereses individuales, la solidaridad favorece, en general, el interés colectivo y aun el individual del propio deudor desde el momento en que actúa como eficiente instrumento de crédito. Este autor afirma que, en el plano del derecho natural, la consideración del bien común puede ser más provechosa que la de fijarse solo en el deudor y en un único momento: el pago. Ello le indujo a admitir una interpretación amplia sobre el modo en que podía interpretarse que las partes estipularan la solidaridad.

El art. 828 Cód. Civ. y Com., bajo el título “Fuentes”, dice que “la solidaridad no se presume y debe surgir inequívocamente de la ley o del título constitutivo de la obligación”.

### **VIII. Quid de la solidaridad mercantil**

10. A partir de la vigencia del Código unificado, el principio del art. 828 es que no se presume la solidaridad.

En su momento —época de vigencia de los códigos relativamente autónomos—, era discutible cuál resultaba el criterio que prevalecía en materia mercantil y la doctrina autorral a raíz de variedad de preceptos mantenía opiniones diversas (14).

En la actualidad, cabe formular un inventario de los preceptos que contemplan la solidaridad en materia mercantil.

A. Sociedades Comerciales: art. 18, sociedad de objeto prohibido; art. 20, sociedad de objeto ilícito; art. 59, diligencia de los administradores; art. 254, responsabilidad de los socios que votaron una decisión asamblearia que se nulifica; art. 274, responsabilidad de los administradores, etcétera.

---

(14) FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho Comercial Argentino, Doctrina General de los Contratos*, Zavalía, Buenos Aires, 1997, p. 120.

B. Fianza solidaria: art. 1590, “la responsabilidad del fiador es solidaria con la del deudor cuando así se convenga expresamente o cuando el fiador renuncia al beneficio de excusión”.

C. Agrupaciones de colaboración: art. 1459, “los partícipes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros por las obligaciones que sus representantes asuman en nombre de la agrupación”.

D. Uniones transitorias: art. 1467, “excepto disposición en contrario del contrato, no se presume la solidaridad de los miembros por los actos y operaciones que realicen en la unión transitoria, ni por las obligaciones contraídas por los terceros”.

E. Consorcios de cooperación: art. 1477, “el contrato puede establecer la proporción en que cada miembro responde por las obligaciones asumidas en nombre del consorcio. En caso de silencio todos los miembros son solidariamente responsables”.

F. Obligaciones cambiarias: la solidaridad en la materia supone la existencia de dos o más deudores —u obligados— y tiene por objeto asegurar al acreedor el íntegro pago de su crédito, haciendo recaer la totalidad de la deuda en más de un sujeto, con la consecuente dispersión del riesgo que ello implica.

Un aspecto característico y esencial del régimen cambiario es la responsabilidad solidaria entre los diferentes obligados cartulares, que difiere al del derecho común. El art. 1826, precepto según el cual “excepto disposición legal o cláusula expresa en el título valor o en uno de sus actos de transmisión o garantía, están solidariamente obligados al pago los creadores del título valor, pero no los demás intervinientes...”.

Con relación al aval y la independencia obligacional del citado instrumento, el avalista es un obligado principal, en el sentido de asumir una obligación propia y distinta y como tal solidario en igual extensión que los demás firmantes (15).

## IX. Caracteres

11. Las notas que distinguen las obligaciones solidarias en función de “unidad de la prestación y pluralidad de los vínculos” son los que siguen:

- a) pluralidad de acreedores o deudores;

---

(15) ALEGRIA, Héctor, *El aval*, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 266; también, “Los títulos valores en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, II, 2012-3, p. 325.

b) objeto de la obligación es único (comportamiento del deudor ante el acreedor es único);

c) fin común;

d) relaciones internas entre los deudores solidarios;

e) identidad de causa de la obligación;

f) única relación obligatoria entre deudores y acreedor.

## **X. Vicisitudes**

12. Durante la existencia de una obligación solidaria pueden surgir, de manera genérica o sobreviniente, distintas contingencias que dan lugar a situaciones de intereses y cuando no de excepción, distinta de la solidaridad.

### **1. Pluralidad de responsables y obligaciones concurrentes**

La hipótesis que antecede está contemplada en la parte pertinente del art. 1751 del Cód. Civ. y Com., al decir “si la pluralidad deriva de causas distintas, se aplican las reglas de las obligaciones concurrentes”; dice el art. 850 del código citado: “obligaciones concurrentes son aquéllas en las que varios deudores deben al mismo objeto en razón de causas diferentes”. Corolario de ello es que el acreedor está facultado para requerir el pago a uno o varios o a todos los codeudores en forma simultánea o sucesivamente (art. 851, inc. a)].

### **2. Pluralidad de responsables y responsabilidad aquiliana**

En este enunciado quedan incluidos varios sujetos coautores de un hecho, cómplices de los autores, protagonistas de tránsito múltiples, en la responsabilidad colectiva, anónima, etc. y, en la contractual, cuando el incumplimiento es imputable a distintos deudores que pueden ser solidarios o no.

Caben incluir en el precedente enunciado a autores que son los que propiamente ejecutan y materializan el ilícito, a cómplices que prestan una colaboración —de cualquier naturaleza— al autor, facilitan la comisión del ilícito y proporcionan medios destinados a la finalidad perseguida y a consejeros, que son los considerados en su acepción gramatical. Y, dentro de esta categoría, a los instigadores, los que sin ser partícipes estimulan la comisión del hecho: la comisión o el consejo deben tener virtualidad, adecuada para decidir la comisión del hecho al autor o a los cómplices, pues la instigación puede incidir en estos y repercutir en aquel.

El Código, finalmente, atribuye —en el art. 1752— autonomía legislativa al encubrimiento en cuanto el encubridor “responde en cuanto su cooperación ha causado daño”.

Desde un enfoque de la responsabilidad civil, las obligaciones concurrentes tienen: identidad de acreedor; identidad de objeto debido, al que están referidas las obligaciones que concurren; diversidad de deudores; diversidad de causas de deber, que son distintas e independientes entre sí, y generación de deudas distintas, a diferencia de la solidaridad en las cuales la deuda es única.

### 3. Quid de los vínculos en la solidaridad legal

La conformación de la obligación solidaria —precisamente a raíz de su noción conceptual de sujeto plural— responde en su conjunto a la idea de unidad, pero su textura da cuenta de una compleja situación de interconexiones o vínculos singulares que origina alcances de recepción normativa: cada obligado solidario es considerado como genuino deudor y no como un simple responsable obligado por una deuda ajena.

Y, en el aspecto que más se destaca, la multiplicidad de vínculos es en lo relativo al ejercicio del *jus electionis* por el acreedor, facultado para seleccionar al deudor o deudores a quienes dirigir el requerimiento.

Y he aquí una particular cuestión donde el deber de prestación se repite en todos y cada uno de los obligados, mas no necesariamente de idéntico origen causal.

Así, y entonces, la solidaridad puede derivar de obligaciones surgidas en momentos y lugares distintos y con diversa titularidad y modalidad; los ilícitos generadores del deber de reparación pueden proceder de varios sujetos, traduciéndose en una serie de actos carentes de otra conexión que la incidencia sobre un mismo damnificado. Sucederá que existirá una responsabilidad atribuible al agente que origina el daño y al asegurador. Para uno la responsabilidad proviene de ser el autor del daño reparable y, para otro, de un compromiso convencional de prestación a favor de un tercero determinable.

Corolario de lo expuesto es que cada deudor está obligado por un vínculo obligatorio distinto al de los otros, con posibles cualidades y particularidades diferentes a las de los demás.

### 4. Créditos sindicados

Conceptualmente, se trata de operaciones económicas de trascendencia, que suponen para un solo acreedor —institución financiera— un riesgo

superior al que normalmente puede asumir o al que es prudente que lo haga.

De allí que se trate de limitar los riesgos buscando la participación en el contrato de financiación o de concesión de crédito de otras instituciones financieras que resulten igualmente concedentes.

En el crédito sindicado, en las relaciones de los acreedores con el deudor interviene el denominado "banco agente", mandatario con un mandato irrevocable, que da cauce a las actividades que la operación conlleva y las relaciones externas del sindicato con el deudor. El banco agente percibe una retribución, en forma de comisión que no es a cargo de sus mandantes, los restantes acreedores, sino por el deudor que se beneficia también del sistema.

En las relaciones internas rige el principio de la mayoría, de manera que los acuerdos mayoritarios vinculan a todos los partícipes. El vulnerar las reglas de la organización interna no obsta el ejercicio individual del crédito, que se considera siempre independiente, pero, al producir violación de obligaciones, quien así actúa queda sujeto a las consiguientes responsabilidades.

## **5. Contribución**

El pago del deudor a uno de los acreedores extingue el crédito de los otros, consecuencia de la vinculación existente entre los créditos de los diversos titulares; la conexión interna determina el derecho de los acreedores impagos contra el que recibió la prestación.

El derecho del deudor a pagar a cualquiera de los acreedores tiene una restricción: si el deudor hubiese sido demandado por alguno de los acreedores, es a este a quien debe efectuarse el pago, consecuencia del principio de prevención (16).

La acción de regreso no procede en caso de haberse remitido gratuitamente la deuda, pues en el caso existía un enriquecimiento incausado.

La determinación de la cuota de contribución tiene en la actualidad un orden de prelación, lo que parece adecuado a fin de evitar criterios dispares y en particular cuando se trata de fijar el contenido del derecho al reembolso, que no siempre es el importe nominal de la deuda por él pagada, sino la cuantía de lo invertido realmente, que puede ser inferior

---

(16) GRECO, Roberto E., "El principio de prevención en las obligaciones con pluralidad de acreedores", L.L. 1987-A-1119.

a aquel importe: se canceló el crédito mediante una dación en pago, quedando limitada la exigencia al reembolso en relación al valor de la cosa entregada". La primera pauta es lo acordado en el título de la solidaridad; la segunda, la fuente y finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad; la tercera es la relación de los interesados entre sí; la cuarta son las "demás circunstancias" (codeudor que se obliga a responder por un daño causado por culpa exclusiva del otro tiene derecho a repetir contra este la totalidad de la deuda).

Una de las notas propias de la relación de solidaridad se encuentra, además de la responsabilidad de cada deudor por *la integridad* del débito reparatorio, en la posibilidad correspondiente de ejercicio de su pretensión de reintegro contra los codeudores favorecidos por su repuesta a la intimación de pago formalizada.

Se trata de una acción propia, que no tiene vinculación con las figuras de cesión o subrogación del crédito, y este derecho de repetición o contribución es algo que subyace en la estructura de la solidaridad jurídica.

Cuando no es posible determinar el criterio, según lo expuesto, se entiende "que las cuotas de contribución participan en partes iguales" (art. 841 Cód. Civ. y Com.).

## **6. Litisconsorcio y solidaridad pasiva**

El concepto de "pluralidad de vínculos" en cuanto integra la noción de obligación solidaria, pareciera no compadecerse con la primera noción, pues el vínculo es único con la variante de la concentración de codeudores en la obligación de responder por el débito.

Con rigor técnico se explicita el estado de lo expuesto bajo la idea de pluralidad de situaciones subjetivas (17).

De manera que, dentro de la unidad de vínculo, se configura una pluralidad de situaciones subjetivas.

La unidad de prestación, en la hipótesis de obligaciones solidarias, que incide en cualquier deudor en virtud del vínculo contraído por todos los deudores o impuesto a todos los deudores, no obsta que alguno de los sujetos involucrados resulte beneficiario de una modalidad —plazo— o pago en cuotas, etcétera.

---

(17) SALVAT, Raimundo M. - GALLI, Enrique V., *Tratado de Derecho Civil Argentino, Obligaciones en General*, 6º ed., Tea, Buenos Aires, 1953, t. II, p. 62.

Algunas derivaciones del presente apartado, de índole excepcional, pueden resultar: a) algún codeudor solidario puede haber constituido fianza para consolidar su responsabilidad y ser requerido respecto de esta y no de las demás (doc. art. 2006 Cód. Civ. y Com.); b) el vicio de voluntad de algún codeudor libera al involucrado en la situación de solidaridad pasiva.

Desde el instante en que el acreedor resulta titular del derecho de elección, se controvierte si se trata de un litisconsorcio pasivo necesario o cuasi-necesario, caracterizado por que varias personas se hallan ante determinado evento jurídico en situación de igualdad de calidad, de tal modo que, teniendo legitimación con referencia al asunto cada una de ellas en particular, sin embargo la resolución que los tribunales pueden adoptar les afectará a todas, por ser única la relación que existe entre ellas y el evento (18).

En suma: al permitir la ley al acreedor que demande, además de a todos, a uno o varios de sus deudores solidarios, excluye la existencia de litisconsorcio pasivo necesario.

### **7. Acción de regreso en la solidaridad pasiva.**

Esta pretensión ajustada a derecho fue vista por Giorgi (19) como el reembolso en el pago efectuado por cuenta de otro en virtud del mandato implícito en el vínculo solidario, figura que otorga un crédito a favor de aquel que pagó respecto al que quedó libre. Pero, ajustando términos, el que paga ni siquiera lo hace en interés de otros, sino que paga en su propio y exclusivo interés, en cuanto realiza el acto solutorio en función de una deuda que lo sujeta a la realización de la totalidad de la prestación debida, y precisamente para liberarse de ella.

Otra cosa es que semejante actuación solutoria resulte susceptible de desencadenar determinados efectos respecto a los codeudores que no pagaron.

El deudor solidario que paga el todo está pagando lo que le corresponde, mas junto a él existen otros deudores con el mismo tipo de vinculación. Esta idea de pluralidad de sujetos pasivos y unidad de objeto significa, en definitiva, que al margen de cualquiera que sea la concreta incidencia en el momento de ejecutarse la prestación debida, todos los

---

(18) FAIREN Guillén. Víctor, "Sobre el litisconsorcio en el proceso civil", *Revista de Derecho Privado*, 1954-859.

(19) GIORGI, Giorgio, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, Madrid, Reus, 1909, Vol. I, p. 175.

deudores habrán de participar en dicha ejecución aunque sea a *posteriori*, pues resulta difícil catalogar a alguien de deudor y ni aun siquiera de considerarlo deudor si no se ve implicado, en uno u otro momento y con uno u otro grado de participación en la realización de la *res debita*, al menos en relación a los deudores principales.

Quiere ello decir que en la afectación interna entre los diversos deudores solidarios es mancomunada o bien adopta esta segunda naturaleza una vez efectuado el pago por uno de los deudores solidarios. Se trata de un híbrido de muy difícil encaje jurídico, en cuanto supondría la doble naturaleza de una misma figura.

En la solidaridad pasiva, cada uno de los codeudores adeuda el todo, y esta es la nota caracterizante y determinante; lo que sucede es que al ser varios y una sola la prestación, cumplida esta por uno de ellos es obvio que debe procederse a su reparto entre los restantes, pero sin que ello signifique su desnaturalización ni la pérdida de su condición de solidaria.

En rigor, el deudor que pagó podría reclamar a otro de ellos el todo menos su parte, y este a un tercero el todo menos su parte y la del *solvens*, y así sucesivamente; de allí que se optara por el fraccionamiento en el reparto interno, mas sin abandonar la idea de la solidaridad, como lo acredita la circunstancia de que la insolvencia de uno de los deudores la cubren los restantes solventes. De manera que los restantes deudores continúan vinculados solidariamente y posibilita justificar el hecho de que la responsabilidad de cada uno de ellos se extienda más allá de su parte hasta englobar la prorrata que le compete al que fuere insolvente.

Cuando se posibilita al deudor solidario, que paga, reclamar a los restantes deudores su parte, le está otorgando un derecho de nuevo cuño que antes no existía ni podría existir, en cuanto surge *ex novo* precisamente en base al hecho de que solo uno de los deudores ha soportado la totalidad de la prestación.

En el supuesto de pago de la obligación solidaria por uno de los deudores, no existe a favor de este la subrogación, sino tan solo la concesión de un derecho de reembolso de los restantes deudores, por la razón de que, teniendo el recurso del reembolso, propio del derecho de regreso, carece de sentido aludir a la subrogación.

Para que uno (o varios) de los deudores solidarios pueda hacer valer el derecho de regreso o retorno frente a los restantes hace falta de manera inexcusable que haya realizado el pago de la obligación, pago que habrá de ser de lo debido y resultar válido, esto es, con plenos efectos satisfactorios

para el acreedor, liberatorios para los demás y extintivos respecto a la relación obligatoria.

Y el deudor que ha pagado una parte del débito superior a la que le corresponde en la interna repetición podrá reclamar el exceso a los otros en proporción a la cuota de cada uno de ellos. Ello así, habida cuenta de que el principio que rige el mecanismo del derecho de regreso es que ninguno de los codeudores participe en el pago del débito en una porción superior a la que le corresponde.

Surge el interrogante de si el deudor que pagó tendría derecho a los intereses del anticipo pues, desde el instante en que ejecuta la prestación hasta aquel en que sus codeudores le reintegran en la parte que a cada uno le concierna, estos “han dispuesto de una cantidad que, de no haber sido por su codeudor, debieron haber destinado a satisfacer la obligación en la parte que le correspondía”.

El deudor puede haber pagado antes del vencimiento de la deuda solidaria, ¿habrá intereses del anticipo? No, pues los demás deudores no tienen porqué soportar esta situación y pues el propio *solvens* tiene derecho a reclamar intereses del acreedor si pagó ignorando “la existencia de plazo”. Y, si pagó espontáneamente después del cumplimiento del *dies*, ¿proceden los intereses del anticipo? No, al no estar en mora los otros deudores.

¿Y si el pago tuvo lugar en virtud de reclamo judicial del acreedor? Este sería un supuesto de *mora ex persona* y cabría estimar que no solo el deudor demandado, sino que también los demás se hallan incursos en mora.

Respecto de los intereses del anticipo, estos solo se producirían respecto a la parte de la deuda que corresponda a cada uno de los deudores que no concurrieron a satisfacer la obligación *in solidum*, cuando el deudor que pagó proceda a constituirlos en mora mediante el debido reclamo.

De la solidaridad pasiva surge, por el hecho del pago consumado por uno de los deudores, un derecho de crédito *ex novo* a su favor que le permite el reintegro de las cuotas que corresponden a los restantes, al objeto de que ninguno de ellos pague, en principio, más de lo que le corresponda según la particular situación que *ad intra* les caracterice, pues la acción de regreso se debe considerar como una acción especial que tiene su sustento en la existencia de una comunidad de débito entre los codeudores y su consiguiente división en “partes” o “cuotas”, por lo que, cuando uno de ellos paga al acreedor la prestación íntegra o una parte de esta, en sustancia, tan solo está pagando su cuota.

Y ante lo que ocurre en la mancomunidad pasiva en la que cada uno de los obligados en modo alguno puede pagar una parte de la deuda común superior a la que le corresponde, pues, en rigor, no existe tal deuda común sino tantas deudas particulares cuantos deudores haya; aquí, en la solidaridad pasiva, las cosas acontecen de otra manera, pues los deudores solidarios pueden verse obligados a atender una parte del débito común superior a los que originaria e internamente les corresponde, lo que corrobora la existencia de una deuda común y no en la pluralidad de vínculos obligatorios.

A diferencia de lo que acontece en la mancomunidad —donde si uno es insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta—, en la solidaridad sucede lo contrario, pues la falta de cumplimiento de la obligación por insolvencia del deudor solidario será suplida por sus codeudores a prorrata de la deuda de cada uno.

En la solidaridad pasiva, reside la función de garantía para el acreedor que esta cumple.

¿Qué podrá entenderse si uno de los deudores ha cumplido la obligación solidaria y ejercita el derecho de regreso frente a los restantes, no tendrá por qué soportar la insolvencia de alguno de ellos, pudiéndoles reclamar la cuota de cada uno más la parte que les corresponda al repartirse exclusivamente entre los mismos la porción del insolvente?

El hecho de que, satisfecho el acreedor, contribuyan a cubrir la insolvencia de uno de los codeudores todos los demás o todos menos el que ya pagó.

El deudor solidario que en solitario hizo el pago, y precisamente él ha soportado los alcances que provienen de la solidaridad, queda liberado de pagar una parte de la deuda común mayor de la que le corresponda en la hipótesis de que alguno de los otros deudores resulte insolvente, pues serán estos en exclusiva quienes deban distribuirse a prorrata la cuota del que no tenga aptitud patrimonial para contribuir.

Será indiferente, a los efectos indicados y con prescindencia de que sea una u otra la interpretación que se acepte, el que la insolvencia del deudor solidario se produzca antes, en el momento en que se extingue la obligación por el pago de otro de ellos o posteriormente cuando este reclame el reintegro.

Giorgi (20) destaca que la doctrina francesa excluyó unánimemente la insolvencia posterior y él mismo encuentra defendible semejante postura

---

(20) Ob. cit., vol. I, p. 179.

de limitar la insolvencia del deudor a la anterior del pago pues la ley alude “a que se haga insolvente”, aparte de que es conforme a razón, pues el crédito de los deudores, sobre el que se sustenta el derecho a repetir, nace en el momento del pago y luego “el deudor que demora la repetición cae en culpa, y debe soportar los perjuicios de su retraso”.

## 8. Prevención de un acreedor

Dispone el art. 845 del Cód. Civ. y Com.

“Si uno de los acreedores solidarios ha demandado judicialmente el cobro al deudor, el pago sólo puede ser hecho por éste al acreedor demandante”.

Este tema ha sido tratado de manera excelente por el recordado jurista Greco (21), distinguiendo que la regla es que si la obligación está fraccionada en el momento del pago, o unificada sin que ello afecte su carácter de deudas diversas en su origen, el deudor único debe pagar su cuota a cada acreedor, con lo cual realiza a cada uno de ellos un pago total que es lo único que a cada uno adeuda. El autor citado limita su análisis a la obligación con pluralidad de acreedores y deudor único, con solidaridad activa o con prestación indivisible, y en ambas el deudor tiene la obligación de elegir al acreedor a quien habrá de hacer el pago, facultad que se extingue cuando uno de los acreedores demanda al deudor (principio de prevención).

### 13. Atribución de responsabilidad solidaria a los causantes de un daño

En la sección 8º del Título V, Capítulo 1 y ss., arts. 1761 y 1762, se regulan la responsabilidad colectiva y anónima, bajo la enunciación de “autor anónimo” y “actividad peligrosa de un grupo”.

La primera hipótesis, caso del anonimato, trata el daño causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, lo que genera la responsabilidad solidaria de todos sus integrantes. Solo queda exento aquel que demuestre que no ha contribuido a su producción.

La carga probatoria será, pues, la relevante de la obligación de responder y el hecho es aplicable a todo género de obligaciones, tengan su origen en la ley o en la autonomía de la voluntad.

Debe señalarse que la mancomunidad significaría una involución en la esfera de la responsabilidad por daño producido por una pluralidad de

---

(21) *El principio de prevención*, cit. p. 1119.

agentes, pues el sujeto vulnerado podría considerar que es insuficiente el resarcimiento.

Con la solución prudente, la solidaridad es más favorable para la víctima del daño, pues la insolvencia de uno de los responsables del daño será asumida por los demás responsables.

El segundo supuesto alude a la imposibilidad de precisar quién es el autor material del daño para imputarlo individualmente, por lo cual la responsabilidad de los integrantes es colectiva y solidaria.

La pertenencia a un grupo peligroso causante de un daño a un tercero que mantiene en el anonimato a su autor es la génesis de la reparación (22).

Y, cuando no resulta posible distinguir el grado de participación de cada agente en la producción de un mismo daño, la condena solidaria de todos es la adeudada para la víctima; la exoneración de los coautores debido a la imposibilidad de identificar al concreto causante del daño o acreditar el curso causal preciso que ocasionó el daño.

Así las cosas, tiene sentido cabal la tutela de la víctima ante la no precisión del causante del daño, o bien cuando no es factible establecer la parte de participación de cada uno de los coautores en la producción del daño, que, en suma, conducirían a la absolución de todos los codemandados, ya que da sustento a la responsabilidad de todos por la totalidad de los daños.

## **XI. Los sujetos en el marco de las obligaciones: responsables múltiples**

14. En un esquema funcional y sistematizador de la solidaridad según la variedad de autores plurales, cabe distinguir: 1) cuando el hecho es el resultado de una acción común; 2) cuando el hecho es el resultado de un concierto común; 3) cuando el daño se ha ocasionado por hechos separados y concurrentes en la producción; y 4) cuando ante un hecho no se puede establecer quién ocasionó el perjuicio.

En un cuadro conceptual cabe el siguiente desarrollo:

A) Así, dentro de una única relación obligatoria puede existir una individualidad de sujetos obligados —acreedor y deudor— con una sola prestación a cargo de cada una de las partes: caso de la compraventa, donde el comprador es deudor y el vendedor es acreedor del precio.

---

(22) ALTERINI, Jorge H. y otros, *Código Civil Comercial y Comentario, Tratado Exegético*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. VIII, p. 363.

B) También puede coexistir una pluralidad de vínculos jurídicos en una sola relación obligatoria: tal es el supuesto del contrato de depósito, donde el depositario es deudor de la prestación de guarda y custodia de la cosa, por una parte, y es deudor también de la prestación de restitución de la cosa depositada, por otra parte, mientras que el depositante es acreedor de ambas prestaciones.

Las relaciones jurídicas así esbozadas denotan que el vínculo debe plantearse entre personas —aun cuando no existiera: art. 2279— y deben ser distintas entre sí (sujeto activo y pasivo), excepto la hipótesis de autocontratación prevista para el contrato de mandato.

C) Un tercer supuesto obligacional se presenta en el sujeto a determinar, donde la imprecisión e indeterminación lo será hasta una época determinada: por caso, el documento al portador o bien la promesa de recompensa.

D) El cuarto arquetipo de pluralidad de sujetos puede resultar de una titularidad conjunta o disjunta. El primer enunciado corresponde a varios deudores o diversos acreedores donde existe una concurrencia de manera mancomunada, solidaria o acorde el pacto convenido (23).

En esta clasificación, se encuentra el distingo entre indivisibilidad objetiva e indivisibilidad subjetiva, y se destaca que la primera tiene lugar cuando la prestación se vincula a un objeto que por su naturaleza es indivisible; es decir, no resulta susceptible de dividirse en partes homogéneas al todo y proporcionalmente al de dicho todo. Y la indivisibilidad es subjetiva o voluntaria cuando la prestación es divisible por naturaleza, mas no resulta así por el acuerdo de partes.

De mediar indivisibilidad por la índole de la prestación, autonomía de la voluntad o precepto legal y el fraccionamiento no resultare factible, o es expresamente desechado, cada sujeto podrá proceder por el total, no existiendo personas inciertas.

En principio, a raíz de una integración plena entre los sujetos activos, no existe titularidad ni ejercicio sin la concurrencia o actuación de todos, lo que suscita las obligaciones conjuntas. Entre otros casos, existen varios acreedores o deudores con derechos no acumulativos que no compartirán el beneficio o la carga; son titulares de prestaciones que recíprocamente se excluyen y solo uno de ellos resultará en su día acreedor o deudor; se

---

(23) LAFAILLE, Héctor, *Derecho Civil, Tratado de las obligaciones*, Buenos Aires, Ediar, 1950, vol. II, p. 170, ap. 1065.

trata de las obligaciones disyuntivas, previstas de manera orgánica en el Cód. Civil (24).

Agregamos que la indivisibilidad y la solidaridad son restricciones de principio de divisibilidad de las obligaciones, de mediar pluralidad de acreedores o de deudores.

E) Una quinta formulación de obligación con pluralidad de sujetos (acreedor o deudor) con una sola prestación debida es la mancomunidad, que puede ser o no solidaria.

La mancomunidad no solo significa pluralidad de sujetos sino también titularidad y actuación conjunta (25).

En la mancomunidad, el crédito o la deuda se presumen fraccionados en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, considerándose créditos o deudas distintos unos de otros.

Es decir que existen varios objetos que se corresponden a los distintos sujetos y diversos vínculos obligatorios. De manera que el crédito o la deuda se dividen —si la prestación fuere divisible por naturaleza— de manera totalmente independiente. Así, por ejemplo, coexistiendo varios deudores mancomunados y resultando distintos débitos autónomos los unos de los otros, cada obligado solo podrá consignar lo que a él le corresponda y, cumplidos los recaudos debidos, obtendrá su liberación; esta no incide ni en pro ni en contra respecto a los demás deudores mancomunados, que solo la lograrán cuando la efectivicen respecto de sus deudas.

En el ejemplo que antecede, la cuestión puede adquirir ciertas connotaciones si la prestación fuere indivisible por su propia índole o acuerdo de partes; en tal hipótesis, deberán actuar todos de manera conjunta con relación a la prestación adeudada, pues de lo contrario no sería un pago íntegro, sin perjuicio de las responsabilidades internas entre los deudores.

Por lo demás, de existir pluralidad de acreedores, y la obligación indivisible, tratándose de una consignación deberá efectuarse a favor de todos ellos.

---

(24) Cf. BUSSO, Eduardo B., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1955, p. 30, ap. 110. Quid de acumulación de la indivisibilidad y solidaridad. En el régimen del Código Civil, véase LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, N° 1078, p. 391, las partes asignan a una misma obligación ambas calificaciones.

(25) SANCHO REBULLIDA, Francisco, "La mancomunidad como regla en las obligaciones civiles con pluralidad de sujetos", *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Pamplona, 1969, vol. II, p. 567.

La otra clase de obligación que, en el género mancomunada, tiene una pluralidad de sujetos es la solidaria.

La concurrencia de dos o más acreedores, o de dos o más deudores, en una sola obligación implica que cada uno de aquellos tiene derecho a pedir o que cada uno de estos debe prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación.

F) Una sexta aplicación de pluripersonalidad sin concentración ni división —no encuadran en la mancomunada ni en la solidaridad— son las llamadas obligaciones en mano común. Una aplicación de esta especie se encuentra en el depósito a orden conjunta, donde cada uno de los depositantes, de manera individual, no puede pretender ni el todo ni la parte: solo el conjunto de depositantes podrá retirar fondos de la entidad financiera (26).

G) Otra clasificación en función del sujeto plural, que posibilita el fraccionamiento de la prestación, o no, es aquella que distingue: a) obligaciones divisibles, que permiten prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial y b) obligaciones indivisibles, que solo pueden cumplirse de manera íntegra, en función de lo estipulado o de la naturaleza de la prestación.

Las obligaciones divisibles no solidarias tienen la particularidad de que cada una sigue su propia suerte y constituyen una división de la relación jurídica obligatoria subyacente. La divisibilidad, por su parte, tiene una serie de aspectos no menores: por acuerdo expreso o tácito puede presentarse un reparto desigual en la contribución, lo que no debe excluir la proporcionalidad en el todo; cualitativamente iguales mas no cuantitativamente, todo lo que tendrá su particular consideración si la ejecución en especie no es factible y debe solucionarse la cuestión vía daños e intereses.

En las obligaciones indivisibles, los deudores deben obrar conjuntamente para la ejecución de lo adeudado y la imposibilidad de un obligado afecta a todo el frente codeudor, mutándose el cumplimiento en especie por daños e intereses divisibles, según la mancomunada y la medida de cada uno así estipulada.

La indivisibilidad es una prerrogativa legal del acreedor, renunciabile; la posibilidad de ejecución parcial por la permisión material de la prestación y la admisión del acreedor harán que reserve sus derechos hacia los incumplidores y admita la prestación respectiva.

---

(26) BUSSO, Eduardo B., op. cit. p. 38, ap. 74.

En cuanto a la divisibilidad de las obligaciones sin pluralidad de sujetos, esto es unidad de deudor y de acreedor, cabrá ponderar el sentido acordado a la prestación, y si resulta factible el fraccionamiento material conservando un propio valor económico y por ende permitiendo un pago parcial de lo adeudado.

H) Las especies de obligaciones consideradas pueden motivar distintas combinaciones con variedad de figuras, y así plantearse la mancomunidad o solidaridad con la divisibilidad o la indivisibilidad. De tal manera, pueden originarse obligaciones solidarias divisibles o indivisibles.

a) Quid de las obligaciones mancomunadas divisibles: cuando la obligación mancomunada por pluralidad de acreedores o deudores tiene por objeto una prestación divisible, rige la divisibilidad de la deuda; habrá, pues, tantas obligaciones o deudas como acreedores o deudores. Así, el crédito o la deuda se dividen en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan.

b) Quid de las obligaciones mancomunadas indivisibles: cuando la obligación mancomunada tiene por objeto una prestación indivisible, como no se puede cumplir por partes, cada uno de los deudores la debe en su totalidad.

c) Quid de las obligaciones mancomunadas solidarias: cuando cada uno de los deudores se ha comprometido a pagar al acreedor toda la deuda; o el deudor único a pagarla a cualquiera de los acreedores; o cualquier acreedor a cobrarla a cualquier deudor.

## **XII. Obligaciones con sujetos singulares y obligaciones con pluralidad de sujetos**

15. El esquema que deriva del presente apartado admite distintas variantes:

a) acreedor único ante un solo deudor (obligación indivisible), verificándose el cumplimiento de la prestación de manera integral;

b) acreedor único con más de un deudor;

c) acreedores varios con un solo deudor;

d) acreedores plurales con deudores plurales;

e) acreedor único y pluralidad de deudores mancomunados;

f) acreedores varios y mancomunados y un solo deudor;

- g) acreedores varios y mancomunados y deudores varios mancomunados;
- h) acreedores varios solidarios y un solo deudor;
- i) acreedores varios solidarios y varios deudores mancomunados;
- j) acreedor único y varios deudores solidarios;
- k) acreedores varios solidarios y varios deudores solidarios.

### **XIII. Pluralidad de sujetos subsidiaria**

16. Esta situación puede presentarse con diversas figuras y a raíz de variados motivos y circunstancias sin que el enunciado efectuado resulte taxativo, no obstante lo cual ciertas ejemplificaciones pueden tener mayor aplicación respecto de otras.

a) Un supuesto puede derivar del fallecimiento del acreedor o del deudor consiguiente a la incorporación de uno o varios coherederos.

b) Por caso, la cesión de un crédito a nuevos cotitulares o delegación de deuda a varios promitentes.

c) De mediar responsabilidad extracontractual entre varios obligados.

d) El contrato de mandato en su faz activa o pasiva origina varios codeudores mancomunados.

e) La fianza es buen ejemplo de incorporación de sujetos a una relación jurídica, que, en línea de principios, su prestación será exigible *in totum* previa excusión de los bienes del obligado principal, lo que no obsta a la fianza por un importe menor al de la obligación principal; se exceptúa —y será solidaria— si mediere renuncia a la excusión de bienes. De lo contrario y así acordado, rige la mancomunidad entre cofiadores (art. 2024 Cód. Civil) la que —como se expresa— no excluye la solidaridad.

De manera que la asunción solidaria de la fianza puede ocasionarse en dos ámbitos distintos: puede tratarse de solidaridad entre el deudor y el fiador (fianza solidaria), o bien, puede tratarse de co-fianza asumida por los garantes solidariamente, a su vez, tanto entre sí como con el deudor o deudores (co-fianza solidaria).

f) Las obligaciones concurrentes —o *in solidum*— determinan que varias personas, por un nexo ajeno al acreedor, le adeudan, de manera indistinta y no solidaria, una determinada prestación sin que promedie co-

municabilidad del estado de mora (el que causa un incendio —deliberado o negligente— y el asegurador) entre los distintos obligados.

Alfredo Colmo (27) destaca que nuestro derecho ignora esta especie obligacional, que proviene de la tradición romana e inspirará el art. 701 del Cód. Civil.

La hipótesis de la “obligación *in solidum*” resulta muy similar a la indivisible, enfocado ello desde su operatividad.

Conceptualmente, resultan cada vez que varias personas vengan obligadas, todas, a varias prestaciones idénticas, sin que la deuda pueda ser considerada unitaria o única, lo que proporcionará al perjudicado una acción suficiente para obtener la satisfacción de forma total a su interés lesionado, si bien debe permanecer absolutamente inalterada la norma de que dicho interés solo será una vez exigible (28).

En esta especie, los responsables del daño, producido en forma total y única, serán considerados respecto del perjudicado, cada uno de manera íntegra, sin que resulten deudores solidarios y quien hubiere abonado toda la prestación podrá exigir el resto de su comparecencia en juicio, para, a la luz de la justicia competente, distribuir en su caso el importe global de la obligación.

Un caso para describir es el referido al asegurador y el asegurado, supuesto tomado de la *praxis* judicial comparada (29) y donde la actora, en nombre del sucesorio de su cónyuge y en su propio nombre, demanda del accionado —causante del ilícito y su aseguradora (responsable subsidiaria)— un reclamo dinerario por un accidente automotor. El tema se analizó, desde la relación asegurador-asegurado, desde la subsidiariedad de la responsabilidad del primero, pasando por la responsabilidad directa de ambos. Se entendió que la obligación de resarcir del asegurador no puede ser entendida solidaria con el asegurado, pues, aunque haya pagado la indemnización, la entidad aseguradora no puede repetir contra el asegurado después; pero tampoco puede estimarse subsidiaria, pues no se precisa justificar la insolvencia del asegurado para hacer efectiva la reparación del siniestro, sino que es una obligación de naturaleza espe-

---

(27) COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 2da ed., Buenos Aires, ed. Menéndez, 1928, en ejemplar N°881, suscripto por dicho tratadista y dedicado a la Universidad de Columbia, Estados Unidos, edición compulsada por el suscripto.

(28) LEÓN ALONSO, José R., “La categoría deja obligación *in solidum*”, publicación de la Universidad de Sevilla, N°35-1978, p. 208.

(29) ARANZADI, N° 5508 del 25-XI-69.

cial, y mucho más onerosa que la subsidiaria e incluso que la solidaria. Se plantea el interrogante de la responsabilidad.

Se dice que el responder será más oneroso que la subsidiaria y que la solidaria. Luego, si no cabe hablar de una única responsabilidad, ni de una mancomunidad ni de subsidiariedad en la responsabilidad, la cuestión se define por exclusión, como derivada de una responsabilidad directa e independiente de ambos responsables.

En suma, el planteo parece ser el carácter tuitivo que las responsabilidades deben representar para el perjudicado; este no deberá probar la existencia de tantas obligaciones como implicados hubiere en el resultado dañoso, ni mucho menos deberá dirigir su acción conjuntamente, aunque solo uno de ellos pagará. Se permitirá exigir la totalidad del daño a uno cualquiera de los responsables y, si bien la sentencia alude al asegurador, lo hace por su mayor solvencia. Así, la obligación es de naturaleza especial, más gravosa que la solidaria o la subsidiaria.

Sin embargo, además del caso citado, un ejemplo legal se encuentra en la responsabilidad del dueño y el guardián de una cosa por el daño producido por esta cuando se encontraba bajo la custodia del guardián, respondiendo ambos por el todo, aun cuando el primero no participó materialmente del hecho. Otro supuesto es la responsabilidad presumida, que recae en el padre o en la madre —uno de dos— por el ilícito del menor, y originará frente a la víctima dos deudores indistintos, conectados por la circunstancia de tener idéntico objeto y actuar a favor del mismo acreedor (30).

La hipótesis de la solidaridad pasiva es diversa (31), contrariamente a lo dicho por Marciano en el derecho romano, en el sentido de que “si son dos los que prometieron, la mora de uno no perjudica al otro”; en nuestro sistema acontece lo contrario. Vélez (art. 711), siguiendo a Freitas, considera que la obligación de satisfacer los perjuicios en caso de inejecución es de ley y sucede a la obligación primitiva en su importancia y carácter sin necesidad de convención especial, no debiendo olvidarse, por otra parte, que los deudores son mandatarios y representantes, los unos de los otros, por lo que deben sufrir las consecuencias de la culpa del que ha perjudicado al acreedor solidario. La finalidad asegurativa de la solidaridad pasiva significa una excepción al principio de la responsabilidad subjetiva y todos

---

(30) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 1990, pp. 660 y ss.

(31) Véase BUSSO, Eduardo B., op. cit., pp. 83 y ss.; MONTES, Angel C., “La mora y la culpa en la solidaridad pasiva”, *Revista Notarial*, Madrid, enero/diciembre de 1990, pp. 39 y ss.

los codeudores —culpables y no culpables— deben resarcir de manera solidaria los daños e intereses irrogados.

Como dice La Cruz Berdejo (32), el acto de cada uno vale en tema de incumplimiento como acto de todos o de cualquier otro. Y si la cosa ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallase este constituido en mora, los otros codeudores están obligados a pagar el equivalente de la cosa. Lo expuesto es una razonable derivación del art. 574 cit.: responsabilidad por el equivalente de la cosa debida, más los perjuicios e intereses.

Previo a un detalle sistemático de las relaciones externas e internas en la solidaridad, debe señalarse que la pluralidad subjetiva —que también puede ser activa o de acreedores—, en vez de producir la división de la relación obligatoria en créditos o deudas separados, posibilita a un acreedor exigir el total y obliga a cada uno de los codeudores a cancelar la totalidad de lo debido.

a) Alcances en la relación externa: solidaridad activa: cada uno de los acreedores puede reclamar la totalidad de la deuda y el pago al demandante extingue el crédito. La comunicabilidad de la mora es plena.

b) Alcances en la relación externa: solidaridad pasiva: cada uno de los deudores está obligado a realizar íntegramente la prestación y el reclamo insatisfecho no obsta a planteos ulteriores a los restantes codeudores, extensivo en la hipótesis de imposibilidad debida a culpa de alguno de ellos, siendo todos responsables por el resarcimiento del daño.

c) Alcances de la relación interna: solidaridad activa. Acción de regreso: esta acción de reembolso procede contra el acreedor que percibió toda la deuda. La participación de los diversos acreedores o deudores en un crédito o débito puede ser igual o desigual, dependiendo de la relación subyacente, siendo factible que nada deba un codeudor, tal como acontece con la fianza solidaria. Lo concreto es la procedencia de la típica nota de la solidaridad pasiva por el reclamo íntegro a cualquier codeudor originando el principio de prevención (33) y el correlato es que nadie puede

---

(32) LA CRUZ BERDEJO, José L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones*, 2da ed., Barcelona, 1977, vol. I, p. 65. Dice el autor que recobro del pago supone que se deba una deuda; si pagan varios, a cada uno compete la acción individualmente y en proporción a lo que pagó. Pagándose solo una parte de la deuda el deudor que la satisfizo puede recuperar una fracción de lo pagado equivalente a la proporción en que no es deudor o bien solo lo que exceda a la cantidad que él personalmente debe, pareciendo idónea la primera alternativa.

(33) Véase GRECO, Roberto E., "El principio de prevención en las obligaciones con

ser deudor una vez desaparecido el vínculo, pues, en cuanto obligados solidarios, estaban sujetos al cumplimiento íntegro de una prestación que se ha extinguido.

d) Alcances de la relación interna: solidaridad pasiva: el pago realizado por uno de los codeudores solidarios lo faculta para resarcirse, reclamando a sus pares la parte que a cada uno le corresponde más los intereses del anticipo. Este derecho también es viable respecto del deudor a quien el acreedor efectuó quita o remisión de su parte, lo que es inoponible al frente de obligados. Por su relevancia, esta situación interna tiene matices significativos que seguidamente se destacan: i) el sustento del reembolso se encuentra en las pautas que restringen el enriquecimiento sin causa; ii) el deudor titular de la acción de regreso no es cesionario del acreedor pagado y tampoco subrogado en el crédito.

e) El derecho de regreso supone el pago con efectos satisfactorios para el acreedor; la acción de regreso supone un débito común entre codeudores y la consiguiente división de la deuda entre los deudores y la consiguiente división en partes, de manera que cuando uno de ellos paga al acreedor la prestación total o una parte de esta, en rigor el obligado que así procedió cancela su cuota.

f) Al deudor que abonó se le debe reembolsar mediante los mismos bienes con que haya efectuado el pago; si fuere dinero, tal será la entidad del regreso y si fuere una obligación de dar no fungible, el reembolso se materializará en su equivalente dinerario.

Además, el deudor que abonó —colocado en mora o bien si esta fuera automática— tiene derecho a reclamar intereses a su frente de coobligados; si abonó *ante tempus*, no puede reclamar de sus pares accesorios, pues los restantes no estaban incurso en mora.

La acción de reembolso también procede en el supuesto de imposibilidad de la prestación debida por culpa de uno de los codeudores, pues los restantes son responsables para con el acreedor del resarcimiento del daño, pero con la posibilidad de reembolso ante el culpable. La acción de regreso se limita contra este único deudor en la relación interna del resarcimiento por la imposibilidad culposa a él imputable (34).

---

pluralidad de acreedores”, LL, 1987-A, 1120, ap. III. Señala el autor que el primero que pone en movimiento la prevención, pese a tener un interés propio, produce consecuencias favorables para todo el frente coacreedor: entre otras, la constitución en mora del deudor si no se trata de una hipótesis de mora automática que se propaga en la solidaridad con su correlato del curso de daños moratorios, arts. 710, 711, 508, etcétera.

(34) Cf. ESPÍN, Diego, *Manual de Derecho Civil español*, 6ta ed., editorial Revista de

**XIV. Final**

17. La figura de la solidaridad —aun cuando excluya la presunción de su configuración— es la génesis de una notable mejora en la posición del acreedor, desde el instante en que origina una pluralidad de codeudores, todos y cada uno obligados a la satisfacción total e íntegra de la prestación comprometida. Es un dato que se traduce en seguridad y garantía y coadyuva a la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Los matices del instituto son diversos, mas cada uno de los obligados al pago, de manera individual, queda constreñido hacia el acreedor desde una perspectiva que se asimila al único deudor; los deudores, en sus relaciones colectivas con el acreedor, son considerados, los unos por los otros y cada uno por todos, vinculados a la totalidad de la deuda.

Queda como cierre la nota de identidad que se vincula a la idea de prestación en la relación de la solidaridad y en ese deber de los varios deudores —de manera individual y, a la vez, de manera conjunta— de cumplimentar a la prestación debida en su totalidad, es decir, íntegramente. ♦



# REFLEXIONES SOBRE LA TIPICIDAD SOCIETARIA Y LAS REFORMAS INTRODUCIDAS A LA LEY 19.550 POR LA LEY 26.994

POR MARÍA CELIA MARSILI

## **Ideas generales. Justificación.**

El tratamiento de la tipicidad encuentra justificación en su carácter de concepto omnipresente en la normativa societaria, afectando diversos institutos por ella regulados. En nuestro país, a dicha circunstancia se une que las modificaciones que al régimen de la sociedad comercial de la ley 19.550 introdujo la ley 26.994 han importado un cambio en el tratamiento de la tipicidad y, en consecuencia, de sus puntuales aplicaciones en la propia ley y en regulaciones administrativas.

Cabe también considerar la incidencia de normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante llamado Cód. Civ. y Com., en las normas contenidas en la legislación societaria.

Otra motivación para el análisis se encuentra en la presencia de nuevos tipos y subtipos en la legislación y en la aspiración de la doctrina de abordar la reforma del régimen societario con mayor profundidad y generalidad que la que concretó la reforma de la ley 19.550 más reciente.

Es posible que uno de los objetivos en este asunto sea el de avanzar en la renovación o recreación de la delimitación conceptual de las sociedades para hacer efectivo un diseño de mayor pragmatismo, ya que la importancia de la tipicidad está conectada a la necesidad de recurrir al marco normativo en el espacio delimitado como obligatorio o no dispositivo o, a la de así hacerlo, como normas integrativas, cuando no se ha previsto una regulación estatutaria.

Es innegable que el marco normativo típico requiere eficiencia y esta se alcanza con la comprensión de la necesidad que se busca satisfacer con el negocio cuando se diseña el tipo.

## I.- La tipicidad en la ley 19.550 de Sociedades Comerciales

En la ley 19.550, antes de la última reforma, en adelante LSC, la tipicidad aparecía como protagonista principal de la estructura societaria a través de la forma extrínseca legal (art. 1º). De esta manera, la ley adoptó con fiereza el principio de la tipicidad (1).

En este sentido, Fargosi enseña que la ley 19.550 y otras contemporáneas respondieron a la filosofía basada en que las leyes de sociedades contuvieran numerosas normas de orden público, superada por tendencias más actuales que promueven la limitación de las normas imperativas o indisponibles, posibilitando, así, que la estructura social se adecue mejor a los emprendimientos que dieron razón de ser a la constitución de la sociedad (2).

La tipicidad en la ley 19.550, conforme resulta de sus arts. 1º y 17, fue un presupuesto esencial para tener por configurada a la sociedad comercial y aun para atribuirle personalidad.

El referido condicionamiento parece del todo razonable si se tiene en cuenta que cuando se establece que el particular no puede moverse más que en un cuadro predeterminado y que el actuar del particular encuentra sus límites en normas imperativas y en los principios de orden público, no tanto se atribuye a las normas del ordenamiento estadual la función de determinar una competencia, sino que se les conserva la función propia de normas reguladoras del negocio que con el acto de autonomía privada se ha creado. Se trata, así, de fijar límites dentro de los cuales la operación económica puede encontrar su tutela en el ordenamiento jurídico y, de allí, los instrumentos de realización de los intereses que por medio de ellas las partes persiguen. (3)

La LSC no estableció de manera taxativa los requisitos tipificantes de los sujetos regulados. Recordemos que la posibilidad de subsanación de la nulidad por atipicidad, según el art. 17, primer párrafo de la LSC, solo fue posible cuando la omisión es de un “requisito esencial no tipificante”,

---

(1) MARSILI, María C., *Sociedades comerciales. El problema de la tipicidad*. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003.

(2) FARGOSI, Horacio, coautor de la LSC. Conferencia “Orientaciones y perspectivas del derecho societario” pronunciada en UADE el 24-4-2001, publicada en *Revista Electrónica de Derecho Societario*, sec. Doctrina, N° 6, agosto de 2001, [www.societario.com](http://www.societario.com).

(3) FERRI, Giovanni B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Ed. Giuffrè, Milano, 1968.

lo cual, a contrario sensu, nos lleva a la búsqueda de los requisitos esenciales que determinan la tipicidad.

La técnica legislativa fue la de establecer las características base de cada tipo, en particular en el artículo de inicio de la Sección que lo regula y que lleva como rúbrica “Caracterización”. Sin embargo, cabe preguntarse si las notas distintivas de esas normas son suficientes para la composición del acto constitutivo o si es necesario la búsqueda de rasgos complementarios en el plexo normativo correspondiente al sujeto.

Si bien se mira, como lo señala Angelici, (4) la fenomenología societaria en general y la de la sociedad anónima en particular, no son susceptibles de considerar sin la “cooperación” de un ordenamiento, aunque sí, dentro de ciertos límites, es posible para los privados negociar la elección del ordenamiento al cual se refieren. Consecuentemente, las reglas organizativas de la sociedad, su estatuto, resultan de la concurrencia y combinación de fuentes heterogéneas: legislativa, de autonomía privada y, podríamos decir, “híbridas” (normas administrativas). Estas reglas, cuando aplicables a una sociedad en particular, operan conjunta y unitariamente y por ello sus efectos son prescindentes de la pluralidad de fuentes de la que provienen. Estas reflexiones son válidas aun en el caso de aplicarse fórmulas estandarizadas como los estatutos tipo.

Así las cosas, la elección del tipo opera como una atribución de normas y esta elección es un acto soberano de los constituyentes que debe ser respetado durante toda la vida societaria. Tan es ello así que la mutación de la voluntad social, en punto al tipo, da lugar a la configuración de un instituto propio del derecho societario, cual es la transformación, para la cual se requieren las mayorías más exigidas y que, con anterioridad a la introducción de este instituto en nuestro ordenamiento, la transformación importaba la disolución de la sociedad.

La doctrina ha señalado, además, que los límites que la autonomía privada encuentra para la inserción de cláusulas que podrían considerarse atípicas no siempre son definibles. Sin embargo, se sostiene que reviste, por lo general, carácter inderogable el régimen de responsabilidad para las obligaciones sociales y ello por la obvia razón de que se articula con la posición de los terceros (5). Carácter tendencialmente rígido reviste, con

---

(4) ANGELICI, Carlo, *Trattato di diritto civile e commerciale Le società per azioni Principi e problema*, Milano, 2012 ps. 214 y ss.

(5) En este orden, HANSMAN, H. y KRAAKMAN, R. consideran que las características legales básicas de las sociedades son: la personalidad jurídica, la limitación de la responsabilidad, la transferibilidad de las participaciones sociales, la delegación de la

pacífica admisión, el modelo organizativo de la sociedad por acciones, si bien en ciertas legislaciones como la italiana, con la reforma de 2003, el margen de la autonomía estatutaria se ha visto ampliado (6).

Con su reconocida autoridad, Odriozola (7) ha señalado la abstinencia en el ejercicio de la voluntad contractual a la hora de incorporar cláusulas facultativas, motivada en la conveniencia de concluir con los trámites necesarios para la constitución regular que invitan a adoptar modelos serriados y anulan la creatividad negocial.

En general, el modelo casuístico es suministrado por la ley y no por las partes constituyentes que no se animan a ser creativas.

## II.- El proceso de tipificar

La regulación de los tipos y subtipos societarios es el resultado de un proceso de elección y elaboración de criterios de carácter técnico jurídico elevados a la categoría normativa.

En su diseño se deposita la confianza en la habilidad y competencia del regulador, desplazando la voluntad de las partes cuando las normas son inderogables, lo que ocurre con muchas de las reglas de tipificación.

Pero, a la vez, este abstracto sujeto tipificador puede, en ocasiones, matar a su propia criatura. Es lo que ocurre cuando, mediante otro proceso creativo, incurre en destipificación con mayor o menor profundidad.

Se ha dicho por cultores de la teoría económica de la regulación que la dinámica decisional propia de los rule makers está sujeta a una multiplicidad de presiones que se muestran poco fieles a los cánones de cientificidad y juridicidad que debieran inspirarla y que, en el modelo contractualista, consisten en la aplicación del principio de la voluntad hipotética de las partes.

## III.-La destipificación

Hemos propuesto denominar así al proceso que se presenta cuando se provoca la alteración de las características típicas de un sujeto societario

---

gestión y la participación en el capital. "What is corporate law?", en *The anatomy of corporate law*, Oxford University Press, 2006, ps. 1 y ss.

(6) CAMPOBASSO, G. F., *Diritto Commerciale 2. Diritto delle società*, UTET Giuridica, 2012, p. 50.

(7) ODRIOZOLA, Carlos, coautor de la LSC, "Limitación de la voluntad contractual expresada en el estatuto social, por qué no?", *La Ley*, 2006, D 1305.

y que, generalmente, responde a circunstancias ajenas a las que dieron lugar al diseño típico. (8)

Si bien la pérdida de estos caracteres no configura supuesto de atipicidad de la sociedad, vinculada a la constitución con apartamiento absoluto de los modelos previstos, cabe señalar que en la destipificación se opera la desfiguración del tipo adoptado de sus caracteres nítidos, provocando el desdibujamiento de estos y, en consecuencia, la de una de las funciones de la tipicidad societaria, cual es la de obrar como síntesis referente de los caracteres específicos en que se habilitan determinadas modalidades de autonomía patrimonial y de imputación mediante la actuación orgánica, entre otros privilegios.

El análisis de diversos casos de destipificación nos conduce a la identificación de sus causas. En función de este criterio, encontramos que la destipificación puede ser:

a) de origen normativo: cuando un instrumento normativo de igual o diversa jerarquía del que estructura el sujeto típico lo regula de manera diversa. Comprende el desborde normativo, la contradicción entre disposiciones que regulan la misma materia y la supresión de requisitos o condiciones determinadas en el marco normativo genérico;

b) de origen interpretativo: cuando en la aplicación por vía administrativa o judicial de la norma que estructuró el tipo se desconoce alguno de sus caracteres estructurales;

c) con causa en la práctica de los negocios: cuando el apartamiento responde a una práctica generalizada.

Entre algunos de los supuestos que pueden ser calificados como de destipificación en nuestro ordenamiento, puede mencionarse el de las sociedades que hacen oferta pública de sus valores negociables en la vigencia del dec. delegado 677/2001 "Régimen de transparencia de la oferta pública" (9), especialmente en las modificaciones que en su Título II introdujo a la ley 17.811 de Mercado de Capitales y que produjo contradicciones y enfrentamientos con el régimen madre de la sociedad anónima de la entonces LSC aplicable a la especie, sin haberse guardado los recaudos metodológicos de protección del tipo.

---

(8) MARSILI, María C., op cit., en nota 1 especialmente, p. 112.

(9) Un análisis de la situación que provocó el Decreto citado, que incluyó poner en tela de juicio su propia legitimidad, puede consultarse en MARSILI, María C., op. cit, nota 1, p. 107.

La sanción de la nueva ley 26.831 de Mercado de Capitales importó la legitimación de una normativa que abrevó en el dec. 677/2001 que fue derogado, pero que mantiene los inconvenientes metodológicos y de categorización que ha señalado la doctrina.

Otro supuesto que requiere necesario debate en nuestro medio, configurado como invasión destipificante, provino del propio ordenamiento y se presentó en las sociedades anónimas que cotizan en que el Estado tiene una participación accionaria minoritaria, como consecuencia de la estatización de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (10).

No profundizaremos en este trabajo acerca de la génesis y consecuencias de la situación planteada.

Sí recordaremos el dictado del dec. 1278/2012, hoy derogado, que atribuyó a la Secretaría de Política Económica y Planificación del Desarrollo del Ministerio de Economía y Finanzas la ejecución de las políticas y acciones que hacen al ejercicio de los derechos societarios de las participaciones accionarias o de capital de empresas donde el Estado Nacional es socio minoritario o en que el entonces Ministerio de Economía y Finanzas tiene participación accionaria o de capital.

Sus disposiciones se refieren a la actuación del representante del Estado en las asambleas y la de los miembros del órgano de administración de las sociedades y se integra con un “Reglamento de Representantes y Directores”.

La actuación del director por delegación de un organismo estatal y sujeto a sus instrucciones, dispuesta por el Decreto citado, desnaturaliza la función del integrante del órgano de administración y puede afectar normas generales de actuación, como las de los arts. 58 y 266 de la Ley de Sociedades.

Un último señalamiento atiende a la jerarquía normativa, en este caso de las normas destipificantes. La circunstancia de encontrarse plasmadas en un decreto las descalifica para operar la modificación de normas

---

(10) La evolución normativa se inicia con la ley 26.425 que estatiza los fondos de las administradoras y la transferencia a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que mantuvo ciertas normas del régimen de AFJP, como la que impedía ejercer con más del 5% el derecho de voto de sus acciones en las asambleas de las sociedades en que las poseían, cualquiera fuere la tenencia, y que se trasladó al Estado accionista. El DNU 441/77 dejó sin efecto la limitación y se dictó el dec. 1278/2012 que reglamentó la actuación de los directores que actuaban en representación del Estado Nacional. La ley 27.181 derogó el Decreto y por último la ley 27.260 derogó a la 27.181.

de categoría superior, como son las del complejo de leyes aplicables al sujeto del que se trata.

El Decreto en cuestión fue abrogado por la ley 27.181, manteniéndose, sin embargo, su vigencia hasta tanto se opere la reglamentación de la primera. A su vez, la ley 27.181 fue derogada por la 27.260, denominada de Reparación Histórica. Sin embargo, se mantiene un régimen de las características observadas por conducto del dec. 894/2016 reglamentario de la ley 27.260.

Es nuestra opinión que debe evitarse la desfiguración y debilitamiento tipológico mediante normativas que responden a situaciones circunstanciales, de modo de tutelar las concepciones estructurales asumidas en el ámbito de la libertad contractual, como modo de proteger la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones.

El respeto a la calificación asignada por las partes y legitimada por los organismos intervinientes en la constitución no puede ser invadido o desnaturalizado pues, de tal modo, se opera la vulneración de la función garantizadora, que es la razón de ser del tipo, y se quiebra el vínculo entre la categoría y la causa motivadora del negocio que le dio razón del ser (11).

#### **IV.- Los subtipos**

El concepto de subtipo, que surge de la doctrina y no se corresponde con un calificativo legal, tiene por objeto conciliar el tipo genérico con la necesidad de establecer normas especiales, exigidas, sobre todo, por la particularidad de la actividad que se desarrolla y, en ocasiones, con miras a la protección de inversores, ahorristas y otros sujetos contratantes.

La regulación, en aplicación de esta técnica, ha tomado como base, en general, a la sociedad anónima (por lo menos en los casos presentes y así calificados en nuestro medio) para, a partir de dicho género, incorporar requisitos que podrán ser de constitución, funcionamiento, disolución u otros, que funcionan como complemento de diversificación del plexo normativo genérico.

Si bien no se desconoce la practicidad de la noción, conviene establecer los casos en que la especificidad opera como sustento del subtipo, de

---

(11) Es oportuno recordar, en el sentido indicado, la sentencia de la Corte de Casación italiana del 23 de febrero de 1984, en que se resolvió la modificación de la estructura de una sociedad constituida como SRL en sociedad en nombre colectivo ante la presencia de cláusulas atípicas del género configurado y afines a una sociedad de personas. Al respecto ver "Clausole atípiche e diverse qualificazioni della società", en *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle oligazioni*, set. A dic., 1989.

aquellos en que se aparta con tal vigor del género, que configura un supuesto de destipificación y que aconsejan acudir a un tipo autónomo. Más adelante se tratan casos de esta naturaleza.

Alegría (12) ha estudiado con profundidad el tema, señalando, entre otros efectos de la calificación, que no cabe categorizar como subtipificación a la mera remisión a normas de otro tipo societario y que el cambio de subtipo no impone la transformación.

La problemática que se presenta está también vinculada a cuestiones de técnica legislativa, ya que los calificados como subtipos pueden estar regulados en el ordenamiento general sistematizado de la materia (en nuestro caso la Ley General de Sociedades) dentro de las secciones que reglan el tipo genérico, como ocurre, por ejemplo, con las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, o en leyes especiales autónomas, como acontece con las sociedades de economía mixta y otras.

Entendemos del caso señalar una situación que se reiterará en las consideraciones finales, que atiende a la aparición de nuevas situaciones merecedoras de tratamiento específico para las que los moldes de la tipicidad clásica parecen estrechos para atrapar la multiforme y dinámica realidad empresaria contemporánea.

En la elaboración de ciertas leyes, en vez de reconocer estas realidades con creatividad, animándose al diseño de figuras nuevas, se apela a la subtipificación. Aparecen, así, figuras a cuyo respecto la interpretación y aplicación de sus reglas puede presentar inconvenientes.

Hemos considerado, antes de ahora, como exponente de esta situación a las "Sociedades de Garantía Recíproca" (ley 24.467, modif. por ley 25.300) (13). Se ha objetado que existen problemas de integración del nuevo régimen con el de la regulación societaria general, en especial por haberse dispuesto la aplicación de esta última en base a dos órdenes de remisiones: a las disposiciones específicas de la sociedad anónima y a las generales de la ley.

Estos y otros supuestos alertan acerca de las dificultades que se presentan y muestran que el límite de la subtipificación, como técnica legal,

---

(12) ALEGRÍA, Héctor, "Los llamados subtipos societarios en la Ley de Sociedades comerciales. Algunos Aspectos de su problemática", *La Ley*, t. 1978, D, Sec. Doc., La Ley, Buenos Aires, ps. 122 y ss.

(13) MARSILI, María C., "Aspectos societarios de la ley 24467. Régimen de la pequeña y mediana empresa", *La Ley*, 199 C-1112, La Ley, Buenos Aires.

debe estar orientado a evitar la desnaturalización, el desvío y la consecuente interpretación forzada que crean perplejidad y desorientación, quebrantándose la función garantizadora del tipo.

En nuestro medio, podemos mencionar como exponente de regulación con esta técnica, es decir la del subtipo, al Anteproyecto de la Cámara de Sociedades Anónimas (14), que propuso, en la vigencia de la ley 19.550 anterior a la reforma de la ley 26.994, regular a la sociedad que hace oferta pública de sus valores negociables en el mercado de capitales, integrándola al ordenamiento societario como Sección VI del Capítulo II.

En palabras de la Exposición de Motivos que acompañó al Anteproyecto: “Ello implica que la normativa proyectada sólo atiende a los aspectos específicos de dicho subtipo, aplicándose, en cuanto no hubiere sido modificado, tanto la parte general de la LSC como la normativa común a las sociedades anónimas”.

Esta propuesta, sin perjuicio de las necesarias actualizaciones que pudiera requerir, ha sido recientemente valorizada por Rovira quien, en un artículo sobre “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, se inclina por

legislar la sociedad abierta otorgando un marco legal sólido para la sociedad que desee abrir el capital al público que, sin alterar los principios básicos del sistema societario, es decir, respetando la necesaria estructura orgánica y el cuadro de derechos y obligaciones de los socios que deben surgir del sistema legal societario común, reglamente en forma específica no sólo cuestiones atinentes a la transparencia del mercado ... (15).

El camino propuesto, avalado por la doctrina y por proyectos legislativos extranjeros y de nuestro país, no ha sido adoptado por la ley 26.831 sobre Mercado de Capitales. Sin embargo, consideramos conveniente la adopción de un subtipo específico que tendrá como consecuencia, en la legislación societaria argentina, erigir una valla de protección que ha de mantenerse estricta e invulnerable a fin de garantizar adecuadamente los intereses de socios y terceros.

---

(14) El Anteproyecto está publicado en la página web de la Cámara de Sociedades Anónimas <http://camaradesociedades.com>

(15) ROVIRA, Alfredo L., “Necesaria reforma integral de la Ley General de Sociedades”, *La Ley*, 17/10/2016.

## **V.- Consideraciones comunes**

En orden a las cuestiones desarrolladas precedentemente (Capítulos III y IV), entendemos que la afectación de caracteres esenciales del tipo, introducida por vías de legislación complementaria, importa la modificación, con independencia de la voluntad de los participantes, de la atribución inicial fruto del convenio privado.

La legislación vigente en materia societaria no se caracteriza por ser una normativa de default terms, sino que constituye un armazón consistente al que las partes ajustan sus necesidades empresarias y con estos alcances debe atenderse a la elección tipológica y a la subsistencia de los requisitos fijadas para esta.

A nuestro juicio, debe evitarse la desfiguración y debilitamiento tipológico mediante normativas que responden a situaciones circunstanciales, de modo de tutelar las concepciones estructurales asumidas en el ámbito de la libertad contractual, como modo de proteger la seguridad jurídica y la estabilidad de las inversiones.

## **VI.- Las reformas al régimen societario. - La Ley General de Sociedades. Aplicación e interpretación de las normas que integran el microsistema**

Previo al tratamiento de la tipicidad conforme las reformas introducidas a la ley 19.550 por la ley 26.994, consideramos necesario fijar nuestra posición referida a la aplicación a los sujetos tratados por la ahora denominada Ley General de Sociedades, en adelante mencionada como LGS, de la normativa contenida en el Cód. Civ. y Com. (16)

Las sociedades, sin distinción entre civiles y comerciales, pertenecen ahora, en el nuevo sistema legal, a la categoría de personas jurídicas privadas, incluidas en el art. 148, inciso a) del Cód. Civ. y Com. Una circunstancia que para nada afecta que su tratamiento se mantenga, en exclusiva, en el ámbito de la LGS. Lo mismo sucedía con anterioridad a la reforma, en tiempos de la coexistencia de lo dispuesto en el Cód. Civil por el art. 33 y la normativa de la LSC.

La naturaleza de microsistema asignada a la LGS, según expresan los Fundamentos del Proyecto de Cód. Civ. y Com., importan la aplicación

---

(16) Hemos abordado el tema en la ponencia presentada al “XIII Congreso Argentino de Derecho Societario VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa”, publicada en t. I, p. 59. El Congreso se celebró en Mendoza, Argentina, en setiembre de 2016.

contextual de sus normas y de los principios del cuerpo normativo sistemático a los supuestos que trata.

En este orden, un caso a considerar es el de la convergencia del tratamiento de situaciones en las normas sobre personas jurídicas privadas del Cod. Civ. y Com. y las de la LGS, así como la aplicación de normas del Cód. Civ. y Com. a situaciones no reguladas en la ley 19.550, que sí lo están en el Código único.

En este marco, los principios aceptados de interpretación indican la pertinencia de la aplicación de las soluciones contempladas en la regulación específica, en el caso la LGS, desplazando a las del Cód. Civ. y Com., aunque sean posteriores. El art. 2º de este último cuerpo, al disponer que la ley debe ser interpretada de modo coherente con todo el ordenamiento, también respalda este criterio.

Es necesario destacar lo señalado ante interpretaciones que pudieran sugerir, en caso de regulación en ambos ordenamientos (el Código y la LGS), que corresponde otorgar supremacía a las disposiciones del Código, contrariando así la integridad del microsistema que se pretende proteger y afectando la sistemática del propio conjunto normativo.

Para empezar, es de recordar que las prioridades de aplicación que prevé el art. 150 del Cód. Civ. y Com. se concibieron en el sentido que proponemos.

Según el artículo citado, las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:

a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, por las del Código;

b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las del Título II Persona Jurídica del Libro Primero.

En cuanto a las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero, se rigen por lo dispuesto en la LGS.

Está clara la preferencia por las normas de la legislación especial. Así las cosas, solo se atenderá al cuerpo codificado en los supuestos de ausencia de precepto para el caso de que se trate en la ley especial. No sostenemos la veda del ordenamiento codificado, pero sí la absoluta priori-

dad de la ley específica. Se exigen requisitos para habilitar la aplicación del Código: falta de disposición específica en la LGS, ya sea expresa o resultante de interpretación dentro del propio texto, y carencia de regulación convencional.

En este orden, cabe considerar la situación de artículos inspirados en la LSC que se han exportado al Cód. Civ. y Com., generalizándose su aplicación a personas jurídicas privadas en general, como ocurre con el art. 144 del Cód. Civ. y Com.

Respecto del supuesto del art. 54 de la LGS, referido al abuso de la personalidad jurídica, reproducido con variantes por el art. 144 del Cód. Civ. y Com., los Fundamentos expresan con referencia al Título II “Persona jurídica” Capítulo I Parte General:

En la actualidad este instituto se halla expresamente contemplado en la ley 19550 de sociedades comerciales (artículo 54 tercer párrafo). Debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad tanto genérica como en la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general.

El art. 144 del Código, cuya regulación difiere del 54 párrafo tercero, queda reservado para los sujetos regulados fuera de la LGS. A los comprendidos en esta última ley se aplica, como hemos expresado, la disposición específica: art. 54 LGS. Es esta la recta interpretación con el sistema adoptado por el Código, más allá de que se entienda que el precepto de su art. 144 mejora la fórmula original del art. 54 de la LGS (17).

Esta interpretación es consistente con el art. 150 del Cód. Civ. y Com. Solo en defecto de normas expresas de la LGS, de interpretaciones analógicas dentro de dicho sistema y de carencia de principios generales podrá acudir a las normas del Cód. Civ. y Com. que, en ningún caso, podrán desplazar, en el supuesto de contradicción, a la aplicación de la LGS.

---

(17) Así lo considera MARTORELL, Ernesto E. en su valoración del art. 144 del Cód. Civ. y Com. y, si bien no postula su aplicación a los sujetos de la LSG en forma manifiesta, desplazando la pertinencia del art. 54 LGS, ello se infiere del contexto del trabajo que se cita. En “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial”, *Diario La Ley*, 26/11/2014.

Esto está garantizado no solo por la interpretación razonable del art. 150 del Cód. Civ. y Com., sino por la concepción reconocida por el propio ordenamiento del carácter de microsistema de la LGS.

Si el legislador se hubiera propuesto la aplicación de soluciones diversas de las previstas en la ahora LGS, no hubiera dudado en modificar preceptos de esta última, tal y como lo hizo en otros casos (18).

Cuando, en cambio, el Código contiene normas ausentes de la LGS que, integradas a esta, cubren situaciones huérfanas de ordenamiento específico societario, vacío o lagunas legales, la aplicación supletoria puede no ser objetable.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el art. 158, inciso a) del Cód. Civ. y Com., referido a la reunión del órgano de gobierno de la persona jurídica por medios electrónicos e inciso b), sobre asamblea autoconvocada. Igual comentario merece el art. 161, que establece mecanismos para superar casos de imposibilidad de adoptar decisiones para el órgano de administración por oposición sistemática.

La aplicación extensiva de estas normas a los sujetos societarios, según el caso, podría considerarse.

La LGS, como ocurrió con la LSC que la precedió, configura un microsistema normativo autosuficiente de aplicación a los sujetos en ella comprendidos. Sus normas desplazan a las del Cód. Civ. y Com. sobre personas jurídicas privadas, en caso de situaciones reguladas en ambos ordenamientos. La aplicación de las disposiciones del Cód. Civ. y Com. queda reservada, si fueren compatibles, a supuestos no tratados en la legislación específica.

## **VII.- Las reformas introducidas a la ley 19.550 por la ley 26.994 vinculadas a la tipicidad**

Con el enfoque anterior, abordamos las reformas producidas con vinculación a la tipicidad.

Los autores de las reformas introducidas a la LGS se inspiraron en muchas de sus disposiciones en las que le había incorporado el Proyecto de Cód. Civil de 1998, unificador de los Códigos Civil y de Comercio. Este cuerpo, en adelante PCC, en su Anexo II sobre "Modificaciones a la

---

(18) Lo aquí apuntado se conecta con la interpretación contextual del ordenamiento societario y comprende tanto a los sujetos societarios contemplados en la LGS como a los regulados en leyes complementarias.

legislación complementaria”, introducía reformas a la ley 19.550. A su vez, y tal y como expresan los Fundamentos de dicho Proyecto, este tuvo como antecedente las propuestas de la denominada Comisión Federal (19) sobre el tema, razón por la cual reprodujeron los fundamentos entonces vertidos, en lo pertinente, “para evitar que eventuales diferencias involuntarias puedan aparecer como una intención divergente de los proyectistas.” (Fundamentos del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, Anexo II Legislación complementaria punto 333).

El vigente art. 1° de la LGS, sobre el concepto de sociedad, con su actual redacción expresa:

Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...

Este texto presenta diferencias con el derogado de la LSC. Estas son: la supresión en su primer párrafo del requisito de la comercialidad, en consistencia con la declaración unificadora y tendencia supresora de la comercialidad de la nueva legislación codificada. La otra modificación al art. 1° consiste en la inclusión de la posibilidad de constituir sociedades de un solo socio si se tratare de sociedades anónimas. Una supresión destacable es la de la palabra tipicidad, no ya del texto dispositivo, sino de la rúbrica del texto original del art. 1° en el que figuraba a continuación del vocablo concepto.

En el PCC de 1998 también se había suprimido del art. 1° la frase “conforme uno de los tipos previstos en esta ley.” Ello importó, en algunas opiniones, que en dicho Proyecto se amengüe el concepto de tipicidad (20).

En el art. 1° de la LGS, se ha mantenido la frase eliminada en el Proyecto del 1998 en punto a la tipicidad, ya que, según el primero, para que haya sociedad es necesario que el o los constituyentes se hayan orga-

---

(19) Llámase así a la Comisión que, designada por el Congreso de la Nación, elaboró el Proyecto de la legislación civil y comercial unificada de 1993, que recibió sanción de la Cámara de Diputados el 3 de noviembre de \*\*\*\*. Publicado con el título “Unificación de la Legislación Civil y comercial. Proyecto de 1993”, Zavalía, 1993.

(20) MANOVIL, Rafael, “Los contratos asociativos y de colaboración empresaria en el Proyecto de Código Civil de 1998 y su incidencia sobre el derecho societario” en *El Derecho* 184-1999 p. 1437. 438 VIII.

nizado “conforme uno de los tipos previstos en esta ley” (21). Si bien se mantiene el principio de la tipicidad, al cual quedan sometidas las sociedades según los arts. 1º y 17, parece claro que, en el nuevo régimen, al haberse también suprimido en el art. 17 la nulidad por atipicidad, habrá sociedades que pueden carecer de tipicidad a la manera de las categorizadas en el Capítulo II (que regula los diversos tipos societarios), manteniendo su carácter, en el sentido de que las constituidas fuera de los modelos previstos en la legislación respectiva, ostentan, de igual modo, la naturaleza de sociedades. Ello, sin perjuicio de que no se les apliquen iguales reglas que las previstas para las sociedades típicas en el catálogo del Capítulo II, sino las de los arts. 21 y siguientes del nuevo texto de la LGS, que pertenecen a la ahora denominada Sección IV del Capítulo I: “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”.

Puede considerarse que para los legisladores de 1993 y de 1998, la inclusión de la tipicidad en el art. 1º, que lucía en el texto original, era impropia, ya que la misma ley en la redacción proyectada reconocía sociedades sin una tipificación estricta, sociedades de hecho e irregulares. Esta consideración resultó en la supresión del requisito de la tipicidad en el art. 1º en dichos proyectos. (22)

Esto no ocurrió, como vimos, en el texto de la ahora vigente LGS, en la que se mantuvo el requisito de tipicidad en el art. 1º (23).

La pérdida de fuerza de la tipicidad resulta por lo anterior del art. 17 que, bajo la rúbrica “Atipicidad”, ya no sanciona con la nulidad a la constitución

---

(21) Incluso se ha mantenido la coma que precede a la frase para mantener la plena vigencia de la tipicidad en el concepto. Los profesores Rafael Manóvil, Efraín H. Richard y Horacio Roitman participaron en la revisión del texto que se convirtió en ley con el texto comentado.

(22) Vale la pena transcribir el inciso b) del punto 333 de los Fundamentos del PCC en lo pertinente: “Se elimina la referencia a que la sociedad debe constituirse para ser tal ‘conforme a uno de los tipos previstos por esta ley’. En realidad, debe señalarse que este giro legal aparecía como impropio, desde que la misma ley reconocía sociedades sin una tipificación estricta (la sociedad de hecho o irregular). El régimen previsto conserva el régimen de las sociedades típicas contenidas en el Capítulo II de la Ley de Sociedades: pero también admite el carácter de las que no reúnen estos requisitos, dándole un tratamiento genérico (Sección Cuarta del Capítulo I) Este tratamiento no importa consideración desfavorable para esas sociedades, sino un régimen general y permanente que no desconoce la naturaleza de la sociedad”.

(23) En la ley de Sociedades Comerciales, la tipicidad aparece como protagonista principal de la estructura societaria a través de la forma extrínseca legal, como se ha destacado en el Capítulo I de este trabajo.

de sociedades de los tipos no autorizados y con la anulabilidad a las que hubieren omitido cualquier requisito esencial no tipificante, admitiendo en este último caso la subsanación, como hacía la LSC.

Conforme el nuevo texto, en caso de que se omitan requisitos esenciales tipificantes o se incluyan elementos incompatibles con el tipo legal, la sociedad no produce los efectos del tipo elegido y queda bajo el régimen de la Sección IV. En el sistema original de la ley 19.550, la inclusión de la tipicidad en la definición configuró la portada del sistema adoptado, que se conjuga con otras reglas y respondió a la concepción doctrinaria de considerarla presupuesto del reconocimiento pleno de la personalidad y existencia misma de sociedad (24).

Lo que cabe preguntarse, ante el criterio elegido, es si la Sección IV contiene reglas de tipo para el sujeto sociedad o un régimen sustituto para situaciones que no encajan en la normativa de los tipos particulares del Capítulo II. Esta determinación es importante porque de ella depende que la situación contemplada se considere sociedad, atento que el art. 1° condiciona la existencia de la sociedad a la circunstancia de su organización conforme a uno de los tipos previstos. Es cierto que no se aclara que los tipos previstos son solo los del Capítulo II, lo cual podría respaldar a la Sección IV como reguladora de tipología. También en apoyo de esta conclusión se pueden recordar las opiniones de quienes sostienen la distinción entre la tipología societaria (tipicidad de primer grado), que corresponde a la figura jurídica sociedad y reviste modalidades diferenciales de otros negocios, y las notas características de cada forma de sociedad (tipicidad de segundo grado) (25).

De admitirse esta visión del asunto, el art. 1° de la LGS contemplaría las reglas de configuración de un esquema funcional al que se le atribuye la categoría de sociedad y que son aptas para distinguirla de otras formas jurídicas (tipicidad general). De otro lado, los tipos especiales que, con base en las notas conceptuales de la tipicidad general, despliegan los tipos concretos dentro del tipo general. En síntesis, una tipicidad genérica de las sociedades en la Sección IV del Capítulo I y específica de las categorías en el Capítulo II.

---

(24) Este y otros asuntos tienen desarrollo en MARSILI, María Celia, "Las sociedades comerciales. El problema de la tipicidad", Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2003.

(25) Es esta la opinión de RICHARD, E. y MUIÑO, O., "Derecho societario", Ed. Astrea, Bs. As., 1997, p. 49. También SPADA, Paolo, *La tipicità delle società*, Cedam, Padova, 1974, p. 9. V. también ECHEVERY, Raúl, *Sociedades irregulares y de hecho*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, p.140.

### **VIII.-Las situaciones contempladas en la Sección IV del Capítulo I de la LGS “De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”**

Pueden considerarse comprendidas en la Sección IV las siguientes situaciones: a) Sociedades caracterizadas como de hecho según el régimen y doctrina resultantes de las normas de ley 19.550 (especialmente arts. 1° y 21), sin aplicarse el requisito del objeto comercial. Es decir, las que resultaban de la realización de negocios en común sin documento escrito con las reservas que se anotan más adelante; b) Las sociedades constituidas regularmente, o sea aquellas que encuentran respaldo en un contrato social, pero cuyo período constitutivo se ha visto frustrado en alguna de sus etapas o, como se ha dado en llamar, que han incurrido en la “desatención del iter” o bien adolecen de otros vicios de forma, situaciones que, presumiblemente, quedan contempladas bajo la expresión “sociedades que incumplan con las formalidades exigidas por esta ley” (Art. 21); c) Las sociedades atípicas por omisión de requisitos esenciales tipificantes (art. 17); d) Sociedades que contienen elementos incompatibles con el tipo legal (art. 17) y e) Sociedades a las cuales les falta algún requisito no tipificante (art. 17).

El elenco de situaciones precedentemente descripto, al intentarse su subsunción en la casuística, no presentará, en los hechos, mayores diferencias, al haberse desdibujado la frontera entre los requisitos esenciales tipificantes y los que no lo son, sumado a la circunstancia de la identificación con situaciones de irregularidad por defectos de forma, tanto dará recaer en una u otras ya que los resultados serán los mismos. Quedará, pues, en el plano de las especulaciones puramente teóricas el esfuerzo de la calificación y distinción de cada supuesto. También podrán presentarse, en la práctica, otras situaciones susceptibles de ser alcanzadas por la normativa (26).

La atipicidad, según la regla del art. 17, primer párrafo a contrario sensu, podrá resultar de la omisión de requisitos esenciales tipificantes o de incluir elementos incompatibles con el tipo legal. La determinación de los requisitos esenciales tipificantes estaba ausente en el régimen de la LSC, habida cuenta la falta de una enumeración legal caracterizante de dichos requisitos, que no ha sido suplida por la reforma. No abundan en doctrina las referencias específicas a este problema, no obstante lo cual, se entiende que son aquellos requisitos esenciales para el encuadre en

---

(26) Sobre esta cuestión DUPRAT, D. y MARCOS, G., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales” en *Diario La ley*, T 2015-D. Exponen la diversidad de supuestos que pueden quedar capturados por la normativa de la Sección IV.

un tipo societario, conforme la caracterización de cada uno, previsto en la ley. Esta caracterización no se agota en la descripción que se ofrece al inicio de cada sección del Capítulo II en los artículos que llevan como rúbrica “caracterización”, ya que, según el caso, habrá de integrarse con la regulación de ciertos institutos propios de cada tipo. En cuanto a los efectos de la falta de tipicidad, se contemplan en la Sección IV que, según se desprende de su título, no solo regula a aquella falta, sino también a los que denomina “otros supuestos”.

Las consecuencias de la “omisión de requisitos esenciales tipificantes” y de “elementos incompatibles con el tipo legal” que aparecen en el art. 17, dando cuerpo a la noción de atipicidad, se diluyen al disponerse en el mismo artículo que esos casos quedan comprendidos en la Sección IV.

En las nuevas normas, se establece la aplicación del mismo régimen a la falta de requisitos esenciales tipificantes y a los que no lo son, así como su equiparación al incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, todo lo cual demuestra el debilitamiento de la noción de tipo.

Hay dos supuestos, sin embargo, que requieren consideración especial. Uno de ellos es el de la denominada “sociedad de hecho”, denominación que caracterizó en el régimen anterior a las negociaciones comunes de objeto comercial sin documento escrito. Es del caso señalar que las disposiciones de la vigente Sección IV otorgan gravitación esencial al contrato suscripto entre las partes, como resulta del examen del régimen (especialmente el principio general del art. 22, que se refiere a la representación de la sociedad en que expresamente exige la exhibición del contrato y la registración de bienes por la sociedad del art. 23). Esta circunstancia podría fundar un apartamiento, en el caso de carencia de documento escrito, de las reglas de la Sección IV, desplazando su tratamiento a las reglas sobre contratos asociativos previstas en el Título II, Capítulo 16, arts. 1442 y sig. del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, la admisión de cualquier medio de prueba para acreditar la existencia de la sociedad, si se presentaran extremos que indican la voluntad de creación del sujeto, harán prevalecer, en su aplicación, a las reglas de la Sección IV de la LGS. No puede desconocerse que se presentarán en la práctica negocial lo que Alegría calificó, con referencia al régimen inspirador del Proyecto de Código Civil de 1998, al tratar este tema “... espacios grises o claroscuros entre las sociedades simples (así denomina a su equivalente las sociedades reguladas por la Sección IV) y los contratos asociativos” (27).

---

(27) ALEGRÍA, H., “Las sociedades anónimas y el Proyecto de Código Civil”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 2000-I, p. 334.

El otro supuesto al que nos referiremos es el de la sociedad civil. A este sujeto no se lo ha provisto de un régimen específico al derogarse el Código Civil. En consecuencia, habrá de resolverse si corresponde su inclusión entre los sujetos de la Sección IV o bien entre los contratos asociativos. Esta cuestión ha sido objeto de opiniones encontradas. El problema se presenta principalmente para las sociedades constituidas como civiles en el régimen anterior (que no pueden calificarse como atípicas para fundamentar su ingreso en la Sección IV) y atañe a la falta de normas de derecho transitorio sobre la cuestión (28). Hubiera sido aconsejable que se incluyera en la ley aprobatoria o en la LGS un precepto como el que lucía en los proyectos antecedentes (1993 y 1998), en cuyos arts. 5° y 10, respectivamente, se dispuso que las sociedades civiles existentes quedaban comprendidas en el régimen que regulaba las situaciones hoy incluidas en la Sección IV. Adhiero a la opinión de Manóvil en este asunto, quien ha expresado, con apoyo en que la sociedad civil constituida encuadra en el concepto de sociedad del art. 1°, que “la inteligencia del régimen (se refiere a la LGS) no deja dudas interpretativas acerca de que las sociedades civiles están comprendidas en la normativa de los nuevos art. 21 a 26 de la Sección IV” (29).

En el orden local, la Inspección General de Justicia de la Nación (IGJ), organismo de control societario en la Ciudad de Buenos Aires, en la res. 7/15, si bien en forma indirecta, ha adoptado este criterio. Según texto vigente a la fecha de elaboración del presente trabajo, el art.185 de las Res. IGJ admite la subsanación de las sociedades civiles constituidas bajo el régimen del derogado Código Civil, colocándola así junto a los demás supuestos de la Sección IV para las que se regula la subsanación y la transformación.

Nos preguntamos sobre el éxito de la propuesta de la nueva Sección IV incorporada a nuestra ley societaria. Ello, al tratarse de una posibilidad de diseño típico predominantemente contractual y toda vez que el propósito generalizado de los emprendedores es el de la limitación de la responsabilidad que, por cierto, no se consigue invocando dicha Sección.

Cabe también someter a análisis la multiplicidad de situaciones que van a quedar contempladas en la Sección IV, entre las que se incluiría, según alguna doctrina, las situaciones de unipersonalidad infractiva sobreviniente.

---

(28) Sobre la necesidad de normas de derecho transitorio: MARSILI, María Celia, “El Código Civil y Comercial y la materia mercantil”, en *La Ley*, T 2015-C.

(29) MANOVIL, Rafael, “Las sociedades en la Sección IV del Proyecto de Código” en *La Ley*, T 2012-F.

La complejidad que presentará esta cuestión nos lleva a preguntarnos si estamos, en estos casos, en presencia de reglas que reflejan una suerte de nuevo tipo o de otra noción diversa, que encontrará o no reflejo en la normativa vigente.

De la descripción normativa y aplicabilidad de las disposiciones previstas para las definidas como “Sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos”, resulta que la LGS ha organizado un régimen de categoría para cada uno de los supuestos, análogo al previsto para las sociedades típicas. Así, la representación, duración, responsabilidad, resolución parcial, disolución y liquidación se encuentran previstas y reguladas como si se tratara de un supuesto más de las sociedades en particular consideradas en el Capítulo II.

Este tratamiento nos lleva a presumir que nos encontramos ante una desvalorización de la tipicidad mediante la atribución de reglas propias para los supuestos de infracción de esta, dejándolos sometidos a una suerte de “tipo atípico”. Con este enfoque se ha intentado también cubrir otros supuestos y la regulación de la sociedad civil, configurando, a la postre, el régimen futuro, una modalidad de la metodología de tratamiento como figura residual ya intentado por otras propuestas legislativas anteriores en nuestro país y por legislaciones extranjeras.

A la reflexión anterior ha de añadirse que, así las cosas, cabe legítimamente la posibilidad de constitución deliberada y electiva para acogerse a las nuevas normas, ajenas a la atribución de torpeza y despreocupación que distinguieron a los supuestos de atipicidad, irregularidad, sociedad de hecho y sociedad en formación regulados con anterioridad. Como corolario de todo lo anterior, podría llegar a expresarse que se ha creado una nueva categoría societaria, que se agrega a las tipologías particulares ya previstas. Ello nos conduce a pensar que si tratamos a este supuesto como uno de tipología, entonces el concepto de tipo no podrá pensarse en correspondencia con categorías definidas estrictamente por el estatuto legal o bien que, más allá del tipo, puede existir una categoría de configuración posible, que queda sometida a las prescripciones contractuales y a otras legales, concebidas en forma diversa de las de tradición tipológica, con amplio margen para la autonomía de la voluntad. Tal vez esta concepción, si bien alejada de la modalidad legislativa tradicional, presente características de plasticidad hábiles para capturar supuestos variados, como el que la normativa singular societaria ha querido recoger en el marco del Código unificado.

La reforma acoge en una normativa específica los supuestos de sociedades atípicas e irregulares, entre otros, otorgándoseles un tratamiento que

favorece su ingreso a los tipos ya previstos, con resguardo de la situación de socios, acreedores y terceros en la etapa previa a la subsanación y estimulando esta mediante la puesta a disposición de soluciones tendientes a la tipificación.

Más allá del éxito de las soluciones propuestas que requieren una tarea interpretativa (doctrina) y de aplicación (jurisprudencia), aún en estado muy inicial, cabe esperar que las novedades en torno a la tipicidad puedan impulsar la renovación o recreación de delimitaciones conceptuales para hacer posible reglas de mayor pragmatismo, que presuponen una fuerte incidencia de la autonomía contractual en el diseño del sujeto societario, con la aspiración de que se estimule el desarrollo de las actividades empresarias.

### **IX.- La Sociedad Anónima Unipersonal**

Otra de las novedades introducidas por la reforma conectadas con la tipicidad es la posibilidad de constituir sociedades de un solo socio, condicionadas a asumir el tipo sociedad anónima.

El diseño de la figura, en adelante denominada SAU, encuentra portada general de habilitación en el art. 1° reformado de la ley.

Esta posibilidad genérica queda complementada para los supuestos de constitución original de sujeto único con disposiciones específicas relativas a la constitución (art. 11 inc. 4°), la denominación (art. 164), el capital (arts. 186 y 187), el órgano de administración (art. 255), el órgano de fiscalización (art. 284) y la fiscalización estatal permanente (art. 299). Contempla también la situación de ciertos tipos devenidos unipersonales a los que no impone la disolución sino la transformación.

Sancionada la reforma, la doctrina (30) había objetado ciertas exigencias que, aplicables a las sociedades contempladas en el art. 299 de la LGS al que se sometió la SAU, se estimaron excesivas para el sujeto unipersonal, tales como la composición del directorio de tres miembros (art. 255) y la sindicatura colegiada (art. 284).

Estas situaciones fueron corregidas por la ley 27.290, que modificó los citados artículos al eximir a las SAU del directorio y la sindicatura plural.

A pesar de la medida, se mantienen fuertes dudas interpretativas respecto del régimen creado para las SAU, así como el tratamiento de los supuestos de unipersonalidad sobreviniente por la supresión de la causal de disolu-

---

(30) VÍTOLO, Daniel, *Manual de Sociedades*, Estudio, Bs. As., 2016, ps. 123 y ss.

ción por pérdida de la infraestructura pluripersonal que estaba prevista en el inciso 8º del art. 94 de la LSC en el texto anterior a la reforma y por la actual posibilidad de transformación en SAU prevista en el nuevo art. 94 bis.

Sin embargo, la admisión, exclusiva de la sociedad unipersonal como SA tampoco es concluyente, habida cuenta las posibilidades de otros tipos sociales de devenir unipersonales sin disolverse y a pesar de que en estos casos la situación quedará, en definitiva, regulada por la Sección IV.

La configuración establecida para la SAU fue calificada, en general, como subtipo. (31)

En el caso regulado no se adoptó el criterio de otorgarle autonomía metodológica, sino que el tratamiento legal quedó disperso en las disposiciones correspondientes a la SA pluripersonal. Al haberse admitido solamente la constitución en dicho tipo, la calificación queda reservada a esa singularidad. En otros modelos legislativos se presenta una subtipicidad plural al permitirse que la sociedad de un solo socio pueda también asumir otras categorías formales, tales como la SRL.

Cabe destacar que, de admitirse que la SAU es un subtipo, la subespecie está determinada por el número de socios, apartándose en el caso de la práctica habitual ya que, en general, la motivación de la especialidad que da lugar a la subtipificación está en la actividad del sujeto.

Ciertos autores se han inclinado por considerar a la SAU como un tipo autónomo, por entender que el art. 1º de la LGS reconoce a la sociedad de un solo socio con independencia del tipo y que tiene elementos característicos que la distinguen, como es la exigencia del 100% de la integración del capital (art. 187) para la constitución. (32) Otros proponen la modificación del régimen sancionado y la regulación de la SAU como un tipo nuevo, con administración unipersonal, posibilidad de prescindir de la sindicatura y sin requisitos de capital mínimo (33).

---

(31) Conf. VÍTOLO, Daniel, op. y loc cit.

(32) MADRID, Pedro G., y MAUVECIN, Marcos, "SAU necesario tipo social en la LGS", en *XIII Congreso Argentino de Derecho Societario*, cit., p. 934.

(33) CARLINO, Bernardo, "Propuestas de reforma al régimen vigente de sociedad unipersonal", ponencia en el Congreso citado en nota 29. La opinión contraria, en el sentido de que no se trata de un nuevo tipo societario, ha sido sostenida en el derecho italiano en tanto en este régimen, en caso de unipersonalidad, la estructura, la organización interna y la disciplina particular resultan objeto de una disciplina particular, la del tipo permitido, SRL y SPA. Sobre el asunto puede consultarse RUSO, R., "La società unipersonale in Argentina: un confronto con Italia", en *Rivista digitale Orizzonti di di-*

Resulta así de este somero panorama que tipo y sociedad unipersonal presenta una conexión, junto a aristas conflictivas y problemas de interpretación de variada gama. Todos estos quedarán tal vez superados por la práctica misma y aún el desuetudo de las normas introducidas, al presentarse otras posibilidades de limitación individual de responsabilidad (causa del negocio) mediante la asunción de otros tipos, tales como la sociedad por acciones simplificada que se trata más adelante.

## X.- Nuevos tipos

### 1.- La ley 27.349 de Apoyo al Emprendedor y la sociedad por acciones simplificada

La ley 27.349, en su Título III, introduce el régimen de la sociedad por acciones simplificada, en adelante SAS, relevándose en su articulado cuestiones que están en relación con el tema aquí tratado.

Desde el punto de vista metodológico, cabe señalar que se establece un régimen completo para este sujeto, cuya constitución, por otra parte, no queda reservada exclusivamente a las actividades orientadas al desarrollo del capital emprendedor tratadas por la ley 27.349.

Alejando toda duda acerca de la calidad del sujeto, el art. 33 sobre caracterización crea la sociedad por acciones simplificada y la califica expresamente como “nuevo tipo societario, con el alcance y las características previstas en esta ley”.

Esta expresa declaración descarta la calificación de subtipo que podría haberse insinuado, de no contarse con dicha manifestación. No obstante, en la segunda parte del mismo artículo se dispone que “Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades 19550, TO 1984, en cuanto se concilien con las de esta ley”.

El régimen establecido para el nuevo sujeto revela, tanto en las reglas sobre constitución e inscripción como en las que hacen a su funcionamiento, caracteres de suficiente especialidad como para habérselo habilitado como tipo (34).

---

*ritto commerciale*, Ed. 2015/2.

(34) En opinión de Marzorati, entre las posibilidades de regulación que comprende la reforma de normas existentes, la creación de un régimen autónomo desvinculado de la ley de sociedades y la adopción de un régimen autónomo pero vinculado al régimen general, la regulación argentina ha optado por este último. Manifiesta que “el legislador se ha inclinado tíbiamente por una tercera opción al aplicar supletoriamente la ley 19550, en su parte general para suplir alguna omisión, siempre que fuera compatible”.

Más allá del acierto de la regulación en sí misma, corresponde reconocer que es adecuado el reconocimiento pleno de su tipicidad. Es cierto que se prevé la aplicación supletoria de la ley 19.550 y de algunas de sus disposiciones en particular, mas ello no afecta la nitidez del diseño tipológico fortalecido con la autonomía y suficiencia de las reglas y las posibilidades de ejercicio de la autonomía de la voluntad del/de los constituyente/s.

Un mayor rigor metodológico hubiera exigido la inclusión de las normas en la LGS como un nuevo tipo de los del Capítulo II. Así lo considera parte de la doctrina. Al pronunciarse sobre el tema, expresó Rovira (35) esta conveniencia: "...en aras de no caer en el defecto ya apuntado de incurrir en reformas parciales de la LGS es recomendable que el régimen de SAS previsto en el Título III capítulos I a VII del Proyecto sea integrado al microsistema societario contemplando expresamente que ese Título debe tenerse por incorporado a la LGS como su Capítulo III".

En igual sentido, "La inclusión de un nuevo tipo es una sustancial reforma al ordenamiento societario y no debe sancionarse independientemente, sino por modificación a la Ley General de Sociedades con incorporación del nuevo tipo. No se trata de un nuevo subtipo sino de uno nuevo e independiente, intermedio entre la SRL y la SA" (36).

Marzorati ha justificado que la SAS no se encuentre entre las sociedades típicas de la LGS dada su íntima vinculación con el régimen de emprendedores en que está inserta y Manóvil auspició el efecto contagio de las nuevas disposiciones y sostuvo la aplicación de la LGS salvo casos de incompatibilidad (37).

Con un matiz diferente y sin pronunciarse sobre la ubicación que hubo de asignarse a la SAS, Duprat la califica de tipo abierto o de entramado abierto (38).

---

MARZORATI, Osvaldo, "La sociedad anónima simplificada ¿será una realidad?", *La Ley*, t. 2016-F. V. esp., Nota 2.

(35) ROVIRA, Alfredo, op. y loc. cit.

(36) ABDALA, Martín, "Análisis del Proyecto de Ley de Sociedad Anónima", *Simplificada Tomo La Ley 2017 A*. En igual sentido, Gabriel P. Martínez Niell "La creación de la SAS en el proyecto de Ley de Emprendedores y el principio de tipicidad en la Ley General de Sociedades Periódico Digital Abogados.com 28-12-16).

(37) Opiniones vertidas en reunión del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(38) DUPRAT, Diego A., "Sociedad por Acciones Simplificada," en LL 21/4/17.

Verón no comparte que “la creación de tipos sociales y/o estructurales empresariales se sancionen en otros cuerpos normativos que no sean la LGS pues tiene el inconveniente que su autonomía resulte relativa pues muchas de sus normas son tomadas de la LGS y, en otros casos se remite a ésta con los inconvenientes que suelen oponer los criterios remisivos” (39).

Otros autores han señalado que ciertas reglas generales previstas en la LGS aplicables a todos los tipos tienen tratamiento específico y autónomo en la Ley de SAS que, a la vez, proclama la subsidiariedad de la aplicación de las normas de la LGS, lo cual torna imprescindible la incorporación de estas a la LGS a fin de no contrariar el principio rector de la de tipicidad consagrado en la ley 19.550. (40)

En nuestra opinión, el criterio empleado en la ley estuvo guiado por la prudencia (en orden a la preservación de la LGS) y el propósito de vincular con fuerza al nuevo tipo a los emprendimientos previstos en la normativa en que está inserto. Estos avances, que privilegian la promoción de emprendimientos, pueden afectar la pureza de las soluciones técnicas que la interpretación y la actuación de los organismos de fiscalización y registración habrán de preservar.

## **2.- Sociedades de Interés y Beneficio Colectivo. Empresas B.**

Llámanse empresas B a las que se destacan por sus políticas y prácticas vinculadas a altos estándares sociales, ambientales y de transparencia que se comprometen legalmente a tomar decisiones que no solo consideren los intereses de sus accionistas, sino también los intereses de sus públicos de interés: trabajadores, comunidades y proveedores, entre otros.

Si bien se ha sostenido que el principio de autonomía de la voluntad que rige para las sociedades permitiría constituir sociedades bajo el régimen general, incluyendo en el objeto los propósitos perseguidos (41), en nuestro medio se prefirió caracterizar los emprendimientos de esta naturaleza como una categoría especial. La cuestión, así tratada, se instrumentó en

---

(39) VERÓN, Alberto, “La sociedad por acciones simplificada de la ley 27.349”, en LL 254/17.

(40) MARTÍNEZ NIELL, Gabriel, “La creación de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) en el proyecto de Ley de Emprendedores y el principio de tipicidad en la Ley General de Sociedades”, en *Abogados.com* (28/12/2016).

(41) Véase: CONNOLLY, C. — GHERGHI, C. — MIEREZ, F. — NOEL, S., “La empresa B: La sociedad comercial del futuro ¿podría ser encuadrada en nuestra actual Ley de sociedades Comerciales?”, en *www.elderecho.com.ar* (3/2/14); ETCHEVERRY, Raúl, “Creación de un nuevo tipo societario de gran beneficio social”, La Ley, Cita online AR/DOC /3698/2013.

un proyecto de ley especial que se encuentra en trámite. En él se establece un régimen aplicable para las sociedades que persiguen estos objetivos bajo la denominación de “Sociedades de Interés y Beneficio Colectivo”.

El proyecto permite que los emprendimientos adopten alguno de los tipos comprendidos en la legislación societaria, con obligación de los socios de generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad. Se indica la aplicación a las reglas de la LSG, en especial a las que les correspondan por el tipo elegido.

Las reglas particulares que lucen en el proyecto que se refieren al contrato social, su modificación, deberes de los administradores, control, transparencia y registración nos llevan a considerar que nos encontramos ante un nuevo tipo. Es de destacar que la regulación proyectada parece apoyarse en presuponer que la Empresa B se constituirá como sociedad anónima. No obstante, como se expresó, el proyecto admite, también, la constitución bajo otros tipos.

Advertimos, una vez más, la recurrencia a regímenes autónomos para acoger ciertos particularismos y, si bien en la solución propuesta la admisibilidad de apelar también a otros tipos muestra cierta inconsistencia, el tratamiento de la figura vale como tendencia a una cierta diversificación tipológica que respeta la especialidad del objeto y los propósitos negociales.

## **XI.-Propuestas y tendencias**

Lo expuesto en los Capítulos anteriores está demostrando, en lo que hace a la normativa societaria, una tendencia a regulaciones específicas con diversos grados de autonomía en el diseño de la tipificación. Ello evoca regulaciones en función de la actividad, conocidas bajo la genérica denominación doctrinaria de “Sociedades reglamentadas por su objeto”.

Se advierte así una suerte de decodificación del régimen societario contenido en la ley 19.550 mediante leyes especiales que modifican el estado de las fuentes a tenor de las cuales el legislador trata de disciplinar nuevas materias o renovar nuevos institutos, generando que el intérprete pueda y deba extraer nuevos principios generales al modificarse aspectos esenciales de la regulación contenida en la ley como clásicos y básicos. Ello ha ocurrido, entre nosotros, antes de ahora, entre otras con las leyes: 21.526 de Entidades Financieras, 20.091 de Empresas de Seguros, 24.557 de Riesgos del Trabajo y 24.241 de Administradoras de Fondos de Pensiones y Jubilaciones (42).

---

(42) Cito la opinión de FARGOSI, Horacio expuesta en diálogos y conferencias, con cita de IRTI, Natalino, “Digesto delle discipline privatistiche”, Sezione civile, v. VI, Turin.

Las reformas introducidas a la LGS y el dictado de nuevas leyes, al ocasionar cambios que influyen en la dinámica de la operatoria societaria y de su concepción normativa, han movilizado a la doctrina para producir enfoques críticos y formulación de propuestas que, a la vez, revelan tendencias y anuncian lo que podría ocurrir en el futuro.

Así, se planteó la futura reforma integral de la ahora denominada LGS como necesaria y urgente (43).

En esta propuesta se incluyen, entre otros asuntos, la supresión de formas tipificadas en desuso como la sociedad colectiva, en comandita simple, sociedad de capital e industria y sociedad en comandita por acciones. El número de sociedades de los tipos mencionados que se registran en la Ciudad de Buenos Aires según estadísticas del Registro Público de Comercio (44) no dejan dudas acerca de la irrelevante presencia de los tipos societarios mencionados, cuya eliminación se propone. Desde luego, la propuesta contempla la inclusión de normas de derecho transitorio que regulen la situación de los tipos a suprimir que se encuentran en actividad.

Otras posiciones destacaron, en el último Congreso Argentino de Derecho Societario, celebrado en Mendoza en 2016, que con la sanción del Cód. Civ. y Co. y la modificación de la Sección IV del Capítulo I de la LGS, se ha producido un cambio radical en materia societaria, ya que el hilo conductor de la ley 19.550, ha sido desplazado por el principio de autonomía de la voluntad (45).

También se sostuvo, en la misma reunión científica, que la reciente reforma del régimen societario determina un profundo cambio de paradigma en nuestro sistema de regulación de las organizaciones, a punto de determinar la desaparición del principio de la tipicidad como se conoció hasta ahora. Las modificaciones del régimen de nulidades y el principio de libertad de contenidos expuesto por el art. 1446 del Cód. Civ. y Com. ponen en cabeza del empresario la decisión de crear una nueva persona jurídica. Los “tipos” societarios, en definitiva, solo se mantienen como las únicas figuras societarias dotadas de oponibilidad “erga omnes” y

---

(43) ROVRA, Alfredo, op. y loc. cit.

(44) Soc. colectivas: 4 en 2014, 3 en 2015 y 3 en 2016; soc. en c. simple: 0 en 2014, 1 en 2015 y 1 en 2016; soc. cap. e ind. 1 en 2014, 0 en 2015, 0 en 2016.

(45) MENA, Laura, “Las nuevas sociedades de la Sección IV de la LGS: de la tipicidad societaria a la autonomía de la voluntad”, de las publicaciones del *XII Congreso Argentino de Derecho Societario IX Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa 2016*, t. III, p. 967.

beneficiadas con el beneficio de la “limitación de la responsabilidad” de los socios frente a las deudas sociales” (46).

Se argumentó, también, que la tipicidad como principio de orden público debe ser revista porque no se sanciona la atipicidad con nulidad absoluta y porque se otorga personalidad jurídica a las sociedades atípicas. También se debe evaluar un posible cambio en la redacción del art. 1° de la ley y suplir la omisión de las sociedades reguladas en la Sección IV. Sin embargo, se reconoce que la tipicidad sigue manteniendo la función de establecer reglas supletorias para los casos en que las partes guardan silencio y para determinar la responsabilidad de los socios (47).

## **XII.-Criterios relevados que podrán influir en la caracterización de los tipos en el futuro**

A) Como siempre, el diseño de cada tipo y los alcances de la autonomía estatutaria estarán guiados por las políticas inspiradoras de la elaboración de las reglas. Esta afirmación, tal vez obvia, se presentará, según los casos, con mayor relevancia. Piénsese en el caso del diseño de la SAS tan íntimamente ligado al proyecto emprendedor que ocasionó la subordinación formal de la estructura a la ley de emprendedores, sin que se exija que el nuevo tipo societario creado deba necesariamente aplicarse al desarrollo de negocios de los modelos y condiciones previstos para los emprendedores.

B) En el encuadre de futuro han de tener un rol importante los criterios del corporate governance, en especial en su aplicación a la actuación y desempeño del órgano de administración. Ello en aras a la transparencia, la defensa de las minorías y el estímulo al mercado de capitales.

C) La experiencia que estamos viviendo en Argentina con la SAS y otros ejemplos en el derecho comparado vigente nos conducen a avizorar la presencia de nuevos diseños tipológicos muy específicos ligados al negocio y aún acompañados de Registros Especiales.

D) La potente presencia de la tecnología con su estrecho vínculo con la registración y presencia en los momentos significativos de la constitución llegará a tener influencia en el diseño de ciertos aspectos caracterizantes (ocurre ya en la SAS).

---

(46) SALVOCHEA, Ramiro, “Requiem para la tipicidad societario”, op. cit., t. III, p. 975.

(47) AMARILLA GHEZZI, Juliano, *El principio de la tipicidad en el régimen de la ley General de Sociedades. Reflexiones e interrogantes*, cit., p. 1001.

E) La inclusión de normas disuasorias del lavado de dinero y del terrorismo financiero también tendrán presencia en normativas preventivas que teñirán el tejido del diseño del tipo.

F) Por igual quedará en revisión el “control de legalidad” ejercido por los organismos de control societario, que tendrá rasgos de subordinación operativa provenientes del mundo digital.

G) Podrá presentarse una diversificación entre tipos de trama abierta y otros de formato imperativo, dependiendo de los negocios a los que esté destinado el sujeto.

H) Se augura una tendencia a la autosuficiencia normativa que no requerirá de regímenes de remisión que siempre arrojan dudas interpretativas. Consecuentemente, se operará una superación de paradigmas tipológicos mediante la apelación al diseño de figuras flexibles, superando los tipos clásicos y dando lugar a figuras autónomas.

I) Ciertos autores (48) han destacado que, en la Unión Europea, se viene presentando una tendencia expresada en los últimos desarrollos normativos en que los acreedores sociales y los terceros, en general, parecen haber pasado a un segundo plano respecto a los que favorecen la constitución de nuevas empresas y su mantenimiento. Estas preocupaciones han inspirado la pregunta “Derecho societario quo vadis?”, presente en la doctrina italiana, acompañada en ciertos casos con severos enjuiciamientos a la baja calidad de la producción normativa y los costos que ella ocasiona en términos de litigiosidad. Es posible que esta tendencia responda a la necesidad acuciante de crear y mantener empleos.

J) La nueva consideración de la tipología afectará la propia estructura de las leyes de sociedades, relegando, en cierto modo, la importancia de las partes generales como la que orgullosamente ostenta nuestra vigente LGS, que tanto benefició a nuestro ordenamiento pero que deberá, sin remedio, adaptarse a las necesidades que está llamada a cubrir. ♦

---

(48) IBBA, Carlo, “Il nuovo diritto societario tra crisi e ripresa: profili introduttivo”, *Revista Digital Orizzonti di diritto commerciale*, Ed. 2015/5, Italia.



# EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU INCIDENCIA EN LOS MEDIOS DE RECOMPOSICIÓN PATRIMONIAL Y EN EL RÉGIMEN DE REHABILITACIÓN DEL FALLIDO, EN LAS LEGISLACIONES CONCURSAL Y SOCIETARIA.

POR RICARDO S. PRONO

## Sumario:

I. Repercusiones del Cód. Civ. y Com. en medios de recomposición patrimonial, concursales y societarios. I.1. Extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada.- I.2. Las acciones de extensión de la quiebra en casos de actuación en interés personal y de control abusivo. Inoponibilidad de la personalidad jurídica.- I.3. Las denominadas acciones de responsabilidad, de representantes y terceros.- I.4. Actos jurídicos ineficaces y acciones de inoponibilidad del período de sospecha falencial.- II. La inhabilitación y rehabilitación del fallido en el Cód. Civ. y Com. en las legislaciones concursal y societaria.

Los principales medios o medidas legales de recomposición del patrimonio falencial son los siguientes: 1. La extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada (art. 160, LCQ); 2. Las acciones de extensión de la quiebra en casos de actuación en interés personal y de control abusivo (art. 161, LCQ); 3. Las denominadas acciones de responsabilidad de representantes y terceros (arts. 173 a 176, LCQ); y, 4. Los actos jurídicos ineficaces y las acciones de inoponibilidad del período de sospecha falencial (arts. 115 a 124, LCQ) (1).

---

(1) La ley 24.522 contempla además otros casos —de menor importancia—, que tienden a la recomposición del patrimonio del fallido, como son los previsionados en el art. 122: reintegro de pagos hechos por un tercero al acreedor peticionante de la quiebra (al que referimos *infra*, en el punto I.4. *Los actos jurídicos ineficaces y las acciones de inoponibilidad del período de sospecha falencial*, arts. 115 a 124, LCQ); también,

Los analizamos a continuación en ese orden, relacionándolos con la normativa del Cód. Civ. y Com. y de la LGS.

### **I. 1. Extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada.**

(Art. 160, LCQ; arts. 21, 24, LGS; art. 2º, Anexo II, Cód. Civ. y Com.).

En el sistema concursal, el primer y más tradicional caso de extensión falencial está contemplado en el art. 160 de la LCQ, al disponer que “la quiebra de la *sociedad importa* la quiebra de sus *socios con responsabilidad ilimitada*” (2).

La noción de ilimitación de la responsabilidad de los socios hay que buscarla en la legislación societaria pertinente. La doctrina había discrepado sobre el alcance de este caso de extensión, en orden a si comprendía solo a los socios con responsabilidad ilimitada “contractual u originaria” (3) –tesis restrictiva—; o también a los socios con responsabilidad ilimitada derivativa o sancionatoria –tesis amplia— (4).

Ahora bien. El Cód. Civ. y Com. ha incidido en los supuestos de extensión de la quiebra previstos en el art. 160 de la LCQ, limitándolos, pues los

el supuesto contemplado en el art. 149: reintegro de lo percibido por los socios recedentes estando la sociedad en cesación de pagos (precepto que se relaciona con los arts. 25, 78, 85, 129, 157, 160 y 245 de la LGS); y el caso referido en el art. 150: exigibilidad por la quiebra de aportes no integrados por los socios.

(2) El art. 160 de la ley 24.522 agrega: “(La quiebra de la sociedad) ... también implica la de los socios con igual responsabilidad que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”.

(3) Por ejemplo: socios de la sociedad colectiva (art. 125, LGS); socios comanditados de las sociedades de comandita simple y comandita por acciones (arts. 134 y 315, LGS); socios capitalistas de la sociedad de capital e industria (art. 141, LGS).

(4) Cfr: QUINTANA FERREYRA, Francisco y ALBERTI, Edgardo M., *Concursos. Ley 19.551 y modificatorias*, t. 3, Astrea, Buenos Aires, 1990, ps. 1 y ss., 19 y ss, 35 y ss., con citas de MAFFÍA, Osvaldo J, (*Quiebra dependiente*, E.D, 71-611), quien enumera quince supuestos de ilimitación de responsabilidad previsibles en la actuación societaria; y de ROUILLON, Adolfo A. N, (*Cuál “responsabilidad ilimitada” determina la extensión de la quiebra*, E.D, 120-804), quien agrega otros casos y sostuvo que el precepto comprendía, cualquiera fuese el origen de la ilimitación de la responsabilidad, sólo a los que tienen ilimitación de la responsabilidad *stricto sensu*, esto es, quienes responden con todo su patrimonio por todo el pasivo social (y no solo por algunas deudas o algunas consecuencias de determinados actos): ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Astrea, CABA, 2017, p. 290; y “Extensión de la quiebra”, en *Código de Comercio. Comentado y Anotado*, t. IV-B, Adolfo A. N. Rouillon (dir.), Daniel F. Alonso (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 372.

casos de socios cuya responsabilidad ilimitada derivaba de integrar sociedades irregulares o de hecho, o sociedades atípicas, *simples* o innominadas, e incluso sociedades civiles (5) no conllevan actualmente responsabilidad solidaria e ilimitada sino meramente mancomunada, al estar tales socios comprendidos en la *Sección IV* (De las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos), del Capítulo I (Disposiciones Generales), de la LGS, cuyo art. 24 dispone:

Responsabilidad de los socios. Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o de un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que ma-

---

(5) En un amplio y profundo estudio sobre las sociedades civiles y el Cód. Civ. y Com., ALEGRIA manifiesta su opinión bregando por el mantenimiento de las sociedades civiles constituidas con anterioridad a la sanción del Cód. Civ. y Com. y a la posibilidad de constituir nuevas sociedades con objeto que, con los parámetros tradicionales anteriores a la reforma, se podrían identificar como “objetos civiles”. Dice también este jurista: “Las reformas del CCCN que derogaron el Código Civil y, con él, las normas especiales sobre sociedades civiles, no pueden interpretarse con el efecto de restar eficacia y validez a esta clase de sociedades: ninguna razón de *orden público* ni criterio de *hermenéutica legal* puede llevar a esa conclusión. En definitiva, (...) las sociedades civiles constituidas antes del 1º de agosto de 2015 conservan su personalidad y son regidas por el nuevo Código y por la Sección IV de la Ley General de Sociedades”. Y en cuanto a la posibilidad de formar nuevas sociedades con objeto civil, a las que se aplique la Sección IV del Capítulo I de la LGS, responde: “...En nuestro criterio, no es sostenible que la explotación agrícola-ganadera, forestal, el ejercicio de las profesiones liberales, el trabajo de los artesanos, los institutos educativos, la explotación minera y de aguas, las operaciones sobre inmuebles y todo ramo no incluido entre los ‘actos de comercio’, fueran prohibidos o no considerados en el nuevo Código, y por tanto no admitieran su inclusión como sociedad “simple” de la Sección IV, del Capítulo I, de la LGS” (ALEGRIA, Héctor, “Las ‘Sociedades Civiles’ y el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, Carlos A. Calvo Costa (director), t. I, La Ley-Thomson Reuters, CABA, 2016, ps. 673 y ss.). Véase, asimismo: ROITMAN, Horacio — AGUIRRE, Hugo A. — CHIAVASSA, Eduardo N., “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, Carlos A. Calvo Costa (director), t. I, La Ley-Thomson Reuters, CABA, 2016, p. 642 y la bibliografía allí mencionada. Cfr: ROMERO, José Ignacio, *La extensión de la quiebra tras la vigencia de la ley 26.994*, IX Congreso Argentino de Derecho Concursal y VII Congreso Iberoamericano de Derecho de la Insolvencia (septiembre 2015, Villa Giardino, Córdoba), tomo IV de los libros de Ponencias, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 285; AMARILLA GHEZZI, Juliano, “Extensión de la quiebra del socio con responsabilidad ilimitada de una sociedad no constituida regularmente y derecho transitorio”, *Revista Argentina de Derecho Concursal*, N° 13, marzo 2016, 29-03-2016, cita: IJ-XCVI,941.

nifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.

Este pensamiento se reafirma si tenemos presente que los casos legalmente previstos de “extensión de quiebra” deben interpretarse con criterio restrictivo, porque para configurarlos no se exige probar –ni que exista– el presupuesto objetivo de los concursos, es decir, la insolvencia o estado de cesación de pagos del sujeto al cual se le declara la quiebra refleja, constituyendo por ende excepciones al primero y principal requisito de estos procesos, el que separa y deslinda el campo de la disciplina concursal de los denominados patrimonios *in bonis*.

## **I. 2. Las acciones de extensión de la quiebra en casos de actuación en interés personal y de control abusivo. Inoponibilidad de la personalidad jurídica.**

(*Art. 161, incs. 1° y 2°, LCQ; arts. 54, 33, LGS; arts. 143, 144, 150, Cód. Ciu. y Com.*).

El siguiente art. 161 de la LCQ contempla dos casos más de extensión de la quiebra al referir en su primer inciso a la denominada “actuación en interés personal y en fraude a los acreedores” y en el segundo inciso al “control abusivo”.

De acuerdo con el primer supuesto, la quiebra se extiende a toda persona –humana o jurídica– que, bajo la apariencia de la actuación de la fallida, “ha efectuado los actos en interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios”, en fraude a sus acreedores. El segundo inciso extiende la quiebra a toda persona controlante de la sociedad fallida (luego alude al control interno, solamente), “cuando ha desviado indebidamente el interés social de la controlada”, sometiéndola a una dirección unificada en interés de la controlante o del grupo económico del que forma parte.

Hemos expresado que la figura contemplada en el inciso primero también persigue al controlante abusador al ser más amplia que la prevista en el segundo inciso, pues incluye a todo tipo de control, en tanto el segundo caso solo al control interno (6). La descripción del presupuesto

---

(6) Cfr.: PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R., “Extensión de la quiebra. Actuación en interés personal y en fraude a los acreedores”, *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (RDCCyE)*, La Ley, Bs. As., junio 2014, ps. 89 y ss., comentario jurisprudencial al fallo de la CNCom, sala C, 17/09/2013, “Cerámica Santa Rosa SA s/quiebra c. Cerámica Quilmes SA s/extensión de quiebra”, cita on line: AR/JUR/74219/2013. Véase también: ALEGRIA, Héctor, “Algunas reflexiones sobre los conceptos de sociedad controlante, sociedad controlada y situación de control”, *Revista del Derecho Comercial*, Depalma, 1978, ps. 301 y ss.; GAGLIARDO, Mariano, “Alcan-

de extensión en el art. 161 inc. 1º, LCQ, permite sostener que en él se halla una noción muy amplia de control abusivo (7).

Los presupuestos de este caso de extensión falencial –del primer inciso– (8), son: a) La existencia de una quiebra principal, que puede ser de una persona humana o jurídica; b) Otra persona –humana o jurídica– “que ha inducido la actuación de la fallida, para la realización de actos de disposición de bienes” (el crédito de la fallida incluido). Y además, esta disposición de bienes de la fallida ha de haber redundado, “no en el interés de la fallida, sino en el interés personal de aquel a quien la quiebra ha de extenderse” (aunque no es indispensable que aquellos reportaran un engrosamiento patrimonial para el sujeto al cual se extiende la quiebra; basta el desvío del resultado del acto de disposición) (9); c) Aunque el

---

ces concursales del control societario (A propósito del control societario del art. 165 inc. 2º, ley 19.551. ref. ley 22.917)”, La Ley-1990-D, p. 244.

(7) DOBSON, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 575.

(8) Los presupuestos de extensión de la quiebra por control abusivo (inc. 2º del art. 161, LCQ), son: a) La quiebra principal de una sociedad controlada; b) La sociedad controlada en quiebra debe estar sujeta a control de tipo interno, de hecho o de derecho, en el sentido del art. 33 de la LGS. En situaciones de control externo (art. 33, inc. 2º, LGS), la extensión de quiebra solo sería posible, no por la mera existencia de esa clase de control derivado de los especiales vínculos existentes entre ambos, sino cuando esa circunstancia ha permitido un actuar del controlante que pueda encuadrarse en el inc. 1º del art. 161 (LCQ); c) El control puede ser ejercido por una persona física o humana; d) La mera existencia de control es insuficiente, ya que él debe haberse ejercitado de manera abusiva. A su vez, el abuso se configura por el “desvío indebido del interés social de la sociedad controlada”; e) El control abusivo debe haberse ejercitado sometiendo a la sociedad controlada a una dirección unificada, en interés de la controlante o del grupo económico del que ella forma parte. Parte de la doctrina interpreta que el desvío indebido es el que se realiza teniendo por destinatario final al controlante o al grupo que este integra (GAGLIARDO, Mariano, “Alcances concursales del control societario. A propósito del control societario del art. 165 inciso 2º, ley 19.551. ref. ley 22.917”, La Ley-1990-D, p. 244). Rouillon considera que es el desvío en sí del interés social lo que constituye el abuso (apartar a la sociedad de su objeto), y es eso lo que califica de irregular al control y justifica la extensión de la quiebra; f) La actuación abusiva debe guardar relación de causalidad con la insolvencia de la sociedad controlada (ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917*, Astrea, Bs. As, 1986, p. 248; y “Extensión de la quiebra,” en *Código de Comercio. Comentado y Anotado*, Adolfo A. N. Rouillon, (dir.), Daniel F. Alonso (coord.), t. IV-B, Bs. As., La Ley, 2007, p. 378).

(9) La ley establece también que los actos han de haberse llevado a cabo en fraude a los acreedores de la fallida principal, considerándose que el fraude es una mención redundante del art. 161 inc. 1º, LCQ, pues el actuar allí descrito es, *per se*, fraudulento desde el punto de vista del derecho civil. Probada la actuación legalmente tipificada, no hay necesidad de demostrar nada adicional: ella es fraudulenta y, en todo caso, si existiese alguna remota hipótesis en que ese actuar pudiese no constituir fraude, la

texto no lo señala, tal conducta reprochable que funciona como detonante de la extensión falencial al sujeto que la lleva a cabo, debe haber tenido relación de causalidad con la insolvencia de la fallida (con su producción, mantenimiento, agravación o prolongación indebidas) (10).

Cabe recordar que el supuesto de extensión enunciado en el art. 161 inc. 1º de la LCQ nace en el régimen concursal argentino con la ley 19.551, cuya Exposición de Motivos (11) decía, claramente, que el art. 165 (actualmente, art. 161 inc. 1º) regulaba las consecuencias de la quiebra “de una sociedad respecto del sujeto que resultaba ser el titular único del interés”, por haber dispuesto de sus bienes como propios y obrado en su beneficio exclusivo. “No merece protección legal la utilización anómala de figuras jurídicas...; la sociedad no debe ser reconocida para legitimar indirectamente fines diversos incompatibles, como es el de defraudar a los acreedores”

Estas ideas están expresadas en el Cód. Civ. y Com. del siguiente modo. En los fundamentos del Anteproyecto (12) se dijo:

---

argumentación y demostración correspondería a quien controvierte la pretensión de extensión de la quiebra. Por lo demás, no es exigible el presupuesto de la insolvencia. Es un caso de extensión de responsabilidad hacia el sujeto que con su conducta disminuyó el patrimonio de la fallida. Pero tal responsabilidad no se limita al daño efectivamente causado (ni su cuantía, ni siquiera su existencia deben probarse), sino que se modaliza la respuesta con el máximo rigor que importa obligarle a seguir la misma suerte de aquella persona de cuyos bienes dispusiera en beneficio propio. ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos. Comentario a la ley 22.917*, Astrea, Bs. As, 1986, p. 240; y “Extensión de la quiebra”, en *Código de Comercio. Comentado y Anotado*, Adolfo A. N. Rouillon (dir.), Daniel F. Alonso (coord.), t. IV-B, Bs. As., La Ley, 2007, p. 378.

(10) MIGUENS, Héctor J., *Extensión de la quiebra y responsabilidad en los grupos de sociedades*, 2ª ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 282; en cit. de ROUILLON, Adolfo A. N., “Extensión de la quiebra”, en *Código de Comercio Comentado...*, cit., p. 379. También el supuesto de extensión de la quiebra previsto en el segundo inciso del art. 161, LCQ, tiene como presupuesto una actuación abusiva que guarde relación de causalidad con la insolvencia de la sociedad controlada (con su producción, mantenimiento, prolongación indebida o agravación). No corresponde extender la quiebra si el desvío indebido no tiene tal relación de causalidad: GAGLIARDO, Mariano, “Alcances concursales del control societario (A propósito del control societario del art. 165 inciso 2º, ley 19.551. ref. ley 22.917)”, *La Ley-1990-D*, p. 245.

(11) Exposición de Motivos de la ley 19.551: II. Consideraciones en particular, Punto 93.

(12) *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Libro Primero, Parte General, Título II-Persona Jurídica, Capítulo I, Parte General, en “Código Civil y Comercial de la Nación”, presentación del proyecto por Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 534.

Es indudable el principio de que los miembros de la persona jurídica no responden por las obligaciones de ésta, excepto en la medida en que, en determinados supuestos, la ley lo determina. Esta ley puede tanto ser la ley especial como la ley general de concursos y quiebras.

Tal pensamiento se ha volcado en el art. 143 del Cód. Civ. y Com., al decir esta norma que la persona jurídica tiene una responsabilidad distinta de la de sus miembros, quienes no responden por las obligaciones de la persona jurídica “excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

Sigue diciendo el Anteproyecto (13):

Rige, además, la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etcétera, de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación. Este instituto debe hacérselo extensivo a cualquier persona jurídica privada ya que el abuso en su constitución, la desvirtuación de su finalidad, tanto genérica como la posterior dinámica funcional, constituyen manifestaciones de una utilización desviada del recurso de la personalidad, que son susceptibles de producirse en cualquier clase de persona jurídica, lo cual fundamente la previsión del instituto en un sistema general.

El precepto del Código que refiere a esta figura se expresa así:

Artículo 144. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe (14), o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de *socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos*, la hicieron posible, *quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

---

(13) Ídem.

(14) Las referencias plasmadas en artículos y notas del derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y del Código Civil y Comercial permiten colectar los aspectos comunes para juzgar que la “mala fe” se configura cuando el sujeto tiene el conocimiento, o debió tener, de determinadas circunstancias, dato, condición, calidad, etc., relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto, cuya utilización antifuncional es reprobada. ALFERILLO, Pascual E., “La ‘mala fe’ en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 2016-C, La Ley, 27/4/2016, p. 5; cita on line: AR/DOC/912/2016.

Conforme a dicha normativa, opina Borda (15) que la doctrina del *disregard* de la prescindencia o inoponibilidad de la persona jurídica o “del levantamiento del velo societario” adquiere un renovado impulso al estar regulada ahora por el derecho positivo en forma expresa y con extensión a todas las personas jurídicas privadas. La labor de los jueces será menos compleja porque bastará con que echen mano de la norma positiva y la apliquen con rigor técnico, en lugar de tener que discurrir sobre le equidad, la lesión, el abuso del derecho o sobre otros institutos para fundar y legitimar sus sentencias. Y agrega este autor: “Está claro que la doctrina de la inoponibilidad debe ser aplicada con prudencia -pero no con timidez-, por cuanto deben preservarse dos elementos fundamentales en las relaciones jurídicas..., la seguridad jurídica y el sentido de justicia, que a veces están enfrentados (16)”.

En lo que respecta a la incidencia del citado art. 144 del Cód. Civ. y Com., en el art. 161 de la LCQ, en sus dos primeros incisos, considero que es aplicable al caso la norma interpretativa contenida en el art. 150 del Cód. Civ. y Com. que expresa que las personas jurídicas que se constituyan en la República se rigen, en primer término, “por las normas imperativas de la ley especial” (17). El art. 161 de la LCQ tiene tal carácter, por lo cual

---

(15) BORDA, Guillermo J., “La recepción de la teoría de la inoponibilidad en el derecho argentino”, *La Ley*, 2016-C, 6/5/2016, p. 7, cita on line: AR/DOC/1379/2016; Véase: PALAZZO, José Luis y RICHARD, Efraín H., “El artículo 144 del Código Civil y Comercial. Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, *La Ley*, 21/3/2016, p. 1, cita on line: AR/DOC/733/2016.

(16) La potestad jurisdiccional que confiere el tercer párrafo del art. 10 del Cód. Civ. y Com., aplicable al abuso de una posición dominante en el mercado, a tenor del art. 11 del Cód. Civ. y Com., otorga sin lugar a dudas un amplio margen para la discrecionalidad interpretativa del juzgador. La razonabilidad y la medida de la judicatura —sin menospreciar la ardua labor de los abogados...— deberán primar, a fin de evitar los peligros de la amplia discrecionalidad judicial emergente de las normas en vigencia. Al respecto, cabe destacar que las atribuciones otorgadas por el legislador jamás son absolutas, pues además de ser arbitrario, su exceso aumenta la imprevisión y la incertidumbre jurídica. La discrecionalidad siempre debe ser debidamente fundada y sujeta a control y sus límites son las garantías constitucionales, esto es, la igualdad de las partes, el derecho a ser oído y el proceso justo, que implican el respeto a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, en la búsqueda de un equilibrio entre la seguridad y la equidad (MASCOTRA, Mario, “Poder-deber de evitar el abuso del derecho en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, Thomson Reuters-Proview, 6/9/2017, cita on line: AR/DOC/2113/2017).

(17) Art. 150 del Cód. Civ. y Com.: Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República Argentina, se rigen: a. por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b. por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c. por las normas supletorias de leyes especiales o, en su defecto, por las de

entendemos que “ha quedado en pie” este artículo no obstante la nueva normativa de la ley común, debiendo el juez decidir dando primacía a los términos de dicho precepto (18), y sin perjuicio de tener presente que el art. 144 y correlativos del Cód. Civ. y Com. consolidan, subsidiariamente, a la normativa concursal.

En jurisprudencia se ha declarado, en tal sentido, que no cualquier acto abusivo, utilización de fondos, empleo de bienes o del crédito de la fallida lleva inexorablemente a la extensión de la quiebra en los términos del art. 161 de la LCQ, toda vez que la norma presenta una forma típica, cuyos extremos deben cumplirse y, por ende, ser probados (19).

Por ello hemos expresado (20) que la mera antijuridicidad, sin las connotaciones previstas por el art. 161, LCQ, puede dar lugar a otras acciones

---

este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

(18) La primacía que habrá de dar el juez a la preceptiva concursal significa, *u.g.r.* que es esencial tener presente que el supuesto de extensión de quiebra del primer inciso del art. 161, LCQ, al igual que todos los demás casos de quiebras reflejas contemplados en la ley especial, no requieren que se pruebe, ni siquiera que exista en el sujeto demandado, el presupuesto económico de los concursos, esto es, la insolvencia patrimonial (ver *supra*, párrafo final del punto anterior: I.1. Extensión de la quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada). Por ello, toda interpretación que se haga de la normativa citada debe ser necesariamente restrictiva, pues la causa de la extensión de la falencia no deriva de la cesación de pagos —por lo cual se puede llevar a la liquidación a una empresa económicamente viable—, sino de la responsabilidad que la ley impone al sujeto demandado al comprobarse que sometió en su actuación al quebrado, en interés propio y con abuso o en fraude a los acreedores. PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R., “Extensión de la quiebra. Actuación en interés personal y en fraude a los acreedores”, *DCCyE*, junio 2014, La Ley, Bs. As., p. 92. Cfr: ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17ª ed., Astrea, CABA, 2015, p. 289. En jurisprudencia, cfr: “Agroindustrias Metalúrgicas de Comechingones SA c. Oneto SA s/ordinario”, CNCom., Sala D, 08/09/2015, La Ley, 2016-A, p. 370; cita online: AR/JUR/42178/2015; con nota de BARACAT, Edgar J., “Desestimación de la quiebra refleja por control abusivo”, La Ley, 2016-A, p. 370; cita online: AR/DOC/4230/2015. Véase: CHAMATROPULOS, Demetrio A., “Prácticas comerciales abusivas: una mirada casuística”, La Ley, 2016-A, p. 600; cita online: AR/DOC/3973/2015, (ver punto 24. El Abuso de posición dominante en el mercado).

(19) CNCom, sala A, 06/03/2008, *in re: Textil Cohen SRL s/quiebra c. Cohen, Elías y otros s/ordinario*, el Dial-AA4834.

(20) PRONO, Ricardo S. y PRONO, Mariano R., “Extensión de la quiebra. Actuación en interés personal y en fraude a los acreedores”, *Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa (RDCCyE)*, 2014 (junio), La Ley, Bs. As., p. 94, comentario jurisprudencial al fallo de la CNCom, sala C, 17/09/2013, “Cerámica Santa Rosa SA s/quiebra c. Cerámica Quilmes SA s/extensión de quiebra”, cita online: AR/JUR/74219/2013.

que la misma ley concursal prevé, como el supuesto de responsabilidad de administradores y terceros –que vemos *infra*, en el punto siguiente—, pero no la extensión de la quiebra, que requiere la presencia de recaudos especiales de los cuales no puede prescindirse. Cuando el caso no reúna tales requisitos, se podrá eventualmente acudir a otras figuras, quizás con mejores perspectivas de incrementar las expectativas de cobro de los acreedores de la fallida, pues lo que se incorporará en caso de éxito de las demandas de responsabilidad será solo el activo (no también el pasivo, como en las quiebras reflejas). Sin olvidar, también, que para la promoción de las acciones de extensión hay un plazo –de “caducidad”–, muy breve, de seis meses (art. 163, LCQ), en tanto que las de responsabilidad gozan para su ejercicio de un plazo –que además es de “prescripción”– (art. 174, LCQ), de dos años.

El criterio expuesto para interpretar la primacía de la aplicación de la legislación concursal específica guarda relación con la materia societaria. Así, se ha afirmado por Cracogna (21), en similar pensamiento, que no obstante que el art. 144 del Cód. Civ. y Com. extiende la oponibilidad de la personalidad jurídica a todas las personas jurídicas, por imperio del art. 150 del Cód. Civ. y Com., el régimen de inoponibilidad de la personalidad en las sociedades habrá de continuar regido por la norma art. 54 de la ley 19.550 (22), toda vez que se trata de una norma imperativa de la ley especial. También Vítolo sostiene que, ahora, en el art. 144 del Cód. Civ. y Com., tenemos un régimen genérico para todas las personas jurídicas, menos las sociedades (23). Por el contrario, Rubín considera que la regla

---

(21) CRACOGNA, Dante, “Aspectos de la regulación de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 2016-C, 21/4/2016, p. 1, cita on line: AR/DOC/978/2016.

(22) El art. 54, tercer párrafo (*inoponibilidad de la personalidad jurídica*), de la ley de sociedades no debe interpretarse con limitaciones..., pero su operatividad requiere que efectivamente se haya hecho uso ilegal del negocio jurídico societario. Resaltamos esto último considerando que el incumplimiento de la ley, entendida ésta en un sentido genérico (no es referencia a la ley de sociedades), no hace viable la aplicación de la norma. Por ejemplo, el mero incumplimiento de normas laborales y provisionales no implica el uso ilegal del negocio jurídico societario...; una cosa es que la sociedad haya incumplido con la ley laboral, fiscal o previsional, y otra que el recurso técnico personalidad jurídica en una sociedad se haya utilizado como instrumento para perjudicar a socios o terceros, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2003/04/03, *in re*: “Palomeque, Aldo René c/Benemeth SA y otro”, *Rev. de las Sociedades y Concursos*, n° 21, año 2003, p. 183), en: *Código de Comercio. Comentado y Anotado*, t. III, Adolfo A. N. Rouillon (dir.), Daniel F. Alonso (coord.), La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 116.

(23) VÍTOLO, Daniel R., “Extensión del concepto de inoponibilidad de la personalidad jurídica contemplado en la ley 19550 al régimen de las personas jurídicas en gene-

(del art. 144, Cód. Civ. y Com.) también se aplica a la sociedad comercial en función de lo dispuesto por el art. 150, Cód. Civ. y Com. (24).

### **I. 3. Las denominadas acciones de responsabilidad, de representantes y terceros.**

(arts. 173 a 176, LCQ; arts. 59, 99, 274 y ss., 278, 279, LGS; arts. 1724, 1710 y ss., 1716 y ss., 1734 y 1735, 271 y ss., 2543 inc. e), 2550, Cód. Civ. y Com.),

Comenzamos expresando algunas ideas expuestas en el punto anterior para destacar el interés de las acciones concursales de responsabilidad, que vemos a continuación. La mera antijuridicidad, decíamos, sin las connotaciones previstas por el art. 161, LCQ, puede dar lugar a otras acciones que la misma ley concursal prevé, como los supuestos de “responsabilidad de administradores y terceros”, pero no la extensión de la quiebra, que requiere la presencia de recaudos especiales de los cuales no puede prescindirse. Cuando el caso no reúna tales requisitos, se podrá eventualmente acudir a otras figuras, quizás con mejores perspectivas de incrementar las expectativas de cobro de los acreedores de la fallida pues lo que se incorporará, “en caso de éxito de las demandas de responsabilidad, será sólo el activo” (no también el pasivo, como en las quiebras reflejas). Sin olvidar, también, que para la promoción de las acciones de extensión hay un plazo –“de caducidad”–, muy breve, “de seis meses” (art. 163, LCQ), “en tanto que las de responsabilidad gozan para su ejercicio de un plazo –que además es de prescripción– (art. 174, LCQ), de dos años”.

Estas acciones concursales de responsabilidad están configuradas en el art. 173, LCQ, en sus dos párrafos. Los transcribimos pues tienen algunas características similares y otras que difieren entre sí:

Art. 173. Responsabilidad de representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieran producido, facilitado, permitido o agravado la situación

---

ral” DCCyE, La Ley, Buenos Aires, 2012 [octubre], p. 146; VÍTOLO, Daniel R., *Manual de sociedades*, Ed. Estudio, CABA, 2016, p. 81.

(24) RUBÍN, Miguel E., “Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada ‘desestimación de la personalidad jurídica’ y su incorporación al Código Civil y Comercial”, *El Derecho*, 18 y 19 de junio de 2015; Véase: GULMINELLI, Ricardo L., quien también expresa que la teoría general de la personalidad y de la inoponibilidad de la personalidad jurídica es una sola; y es aplicable a las personas jurídicas en general, cualquiera fuera el área del derecho en la cual éstas actuaran. (“La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, *La Ley*, 2016-C La Ley, 24/5/2016, p. 1, cita online: AR/DOC/923/2016).

patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.

Responsabilidad de terceros. Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso.

De la lectura del precepto surge que en la acción de “responsabilidad de terceros” (segundo párrafo): “se aumentan los sujetos pasibles” de ser demandados, al poder dirigirse contra toda persona humana o jurídica, siempre que sea un tercero distinto al fallido; y se “acrecientan las reparaciones,” pues en caso de prosperar la acción deberá el tercero “reintegrar” los bienes que aún tenga en su poder; “indemnizar” los daños causados, “no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”.

Por lo demás, ambas acciones concursales tienen en común el requisito del dolo como factor de atribución de responsabilidad de la conducta dañosa. Dado que el Cód. Civ. y Com. ha introducido un nuevo concepto de dolo al regular los factores subjetivos de atribución de responsabilidad, conviene analizar esta cuestión, pues el art. 1724 del Cód. Civ. y Com. declara, en efecto, que el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional “o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos” (25).

Al estudiar las acciones de responsabilidad en la quiebra y el Cód. Civ. y Com., y relacionar este tema, en particular el art. 1724 del Cód. Civ. y Com., con otras normas del nuevo Código (art. 1710, sobre el deber de prevención del daño; art. 1716, relativo al deber de repararlo; art. 1717, al disponer que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada; art. 1734, sobre la prueba de los factores de atribución y de las eximentes; y el art. 1735, sobre facultades judiciales y la incorporación del instituto de las cargas probatorias dinámicas), Jantson concluye afirmando que, por las modificaciones del Cód. Civ. y Com.

---

(25) El concepto de dolo en el Código Civil de Vélez, por el contrario, estaba expresado del siguiente modo: Artículo 931. Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin. Y agregaba el artículo 932: “Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: 1ª Que haya sido grave; 2ª Que haya sido la causa determinante de la acción; 3ª Que haya ocasionado un daño importante; 4ª Que no haya habido dolo de ambas partes”. Ver además los arts.: 933 a 935, inclusivos; 506 y 507; y 1072; todos del Civil derogado.

relativas a la responsabilidad por daños, existen mejores herramientas legales a las que pueden recurrir los síndicos y subsidiariamente los acreedores, en las acciones de responsabilidad en la quiebra (26). También se ha expresado en doctrina que la nueva normativa del Cód. Civ. y Com., que contempla en el art. 1724 como factor de atribución el dolo eventual, tendrá incidencia en la acción concursal de responsabilidad prevista en el art. 173, LCQ, al dejarse de lado la noción de dolo contemplada en el art. 1072 del Código Civil. Agregándose que, a partir de esta modificación, los jueces tendrán el marco legal para abarcar un sinnúmero de conductas dañosas que antes quedaban sin sanción, permitiendo la operatividad del régimen de responsabilidad concursal (27).

Actualmente, la noción de dolo como factor de atribución de responsabilidad, contemplada en el art. 173 de la LCQ, en sus dos párrafos y supuestos allí configurados, debe interpretarse conforme al concepto dado en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com.: el dolo se configura por la producción

---

(26) CARDOSO DE JANTSON, Cristina, "Acción de responsabilidad en la quiebra y Código Civil y Comercial de la Nación", *IX Congreso Argentino de Der. Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, septiembre 2015, Villa Giardino (Cba.), t. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, ps. 217 y ss. Véase: CHOMER, Héctor O., "Dos supuestos concursales que incidirán en el nuevo concepto de dolo del Código Civil y Comercial de la Nación: La revisión y las acciones de responsabilidad en la quiebra", en <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1786-dos-supuestos-concursales-queincidiran-nuevo-concepto-dolo-del-codigo>. Ver, además: CHOMER, Héctor O., "El nuevo dolo y la ley concursal", en <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/1809-nuevo-dolo-y-ley-concursal>. En relación con el concepto de *dolo* contenido en el art. 1724 del Cód. Civ. y Com., se ha expresado asimismo que "el nuevo Código deja en la *culpa* el contenido del ex artículo 512 del Código. y para el *dolo*, en sus dos caras, la "intención de causar" un daño, y su producción "con manifiesta indiferencia" por los intereses de otro (...), El dolo absorbió a la malicia en el incumplimiento obligacional, pero no se devoró a la culpa grave, que continúa como situación intermedia entre aquél y la culpa en muchos casos del ordenamiento jurídico (mencionándose, entre éstos, a los arts. 1771, 1819 y 1867, CCyCN): STIGLITZ, Rubén S., "Distinción entre culpa grave y dolo en el Código Civil y Comercial. Aplicación al contrato de seguro", *La Ley*, 2015-D, ps. 850 y ss. (La Ley, 4/8/2015, p. 1); cita on line: AR/DOC/2290/2015. Cfr.: BOQUIN, Gabriela F., "Factores de atribución de responsabilidad. Simplificación de la definición de dolo y consecuencias respecto de las acciones de responsabilidad", *IX Congreso Argentino de Der. Concursal...*, cit. p. 264. Ver CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., "El dolo eventual y las acciones de responsabilidad concursal ante la sanción del nuevo Código Civil y Comercial", *IX Congreso Argentino de Derecho Concursal...*, cit., p. 268.

(27) MICELLI, María I., "La incidencia del nuevo Código Civil y Comercial en la acción concursal de responsabilidad", *IX Congreso Argentino de Der. Concursal y VII Congreso Iberoamericano de la Insolvencia*, septiembre 2015, Villa Giardino (Córdoba), t. IV, Fespresa, Córdoba, 2015, p. 212.

de un daño de manera intencional “o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

Rouillon se expresa en los siguientes términos (28). La actuación del tercero subsumible en alguno de los supuestos del art. 173, LCQ, tiene que estar signada por el dolo del autor. Este —el dolo— es el único factor de atribución de la acción concursal de responsabilidad contemplada en el párr. 1º del art. 173 de la LCQ (29). La existencia de un obrar culposo determinante de insolvencia puede, en su caso, hacer operativas otras acciones no concursales de responsabilidad de terceros, en la medida en que fueren aplicables disposiciones del derecho común. El dolo ha de entenderse —en defecto de previsión concursal específica— en el sentido del derecho civil. Esto es, el dolo en la conducta reprochada en el art. 173 de la LCQ se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724, Cód. Civ. y Com.). La valoración de la conducta del agente productor del daño, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, la prueba de los factores de atribución (30) y de las eximentes, las facultades judiciales al respecto, y

---

(28) ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, CABA, 2015, 17 ed., p. 307.

(29) “Siempre la conducta reprochada (en la acción concursal de responsabilidad contemplada en el párr. 2º del art. 173 de la LCQ), debe estar signada por el dolo. Éste es el único factor de atribución posible, y debe ser entendido como lo explicamos en párrafos precedentes”: ROUILLON, Adolfo A. N, op. cit., p. 309.

(30) No hay otros factores “subjetivos” de atribución fuera de la culpa y el dolo. Por su parte, los factores “objetivos” de atribución constituyen un catálogo abierto. Estos nuevos factores objetivos tienen en común que prescinden del análisis valorativo de la conducta del agente que causa el daño y, por tanto, les resulta indiferente la voluntariedad y la culpabilidad. En estos casos el fundamento de la reparación está en una causa externa, distinta del juicio valorativo que merezca la conducta dañosa. Así, por ejemplo, el haber desarrollado una actividad riesgosa. Entre los supuestos de aplicación de los factores de atribución subjetivos cabe señalar a los siguientes: a) Incumplimiento de una obligación de medios (arts. 1749 y 1723, a *contrario sensu*); b) Responsabilidad directa del sujeto por sus propios actos (art. 1749); c) Responsabilidad de los profesionales liberales en la medida en que no hayan garantizado un resultado concreto (art. 1768); d) Invasión de la vida privada ajena (art. 1770); e) Acusación calumniosa (art. 1771). Entre los supuestos de aplicación de los factores de atribución objetivos corresponde citar a los siguientes: a) Incumplimiento de una obligación de resultado (factor *garantía*, art. 1723); b) Daños causados por actos involuntarios (factor *equidad*, art. 1750); c) Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (factor *garantía*, art. 1753); d) Responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos (factor *garantía*, arts. 1754 y 1755); e) Daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (factor *riesgo creado*, art. 1757); f) Daño causado por actividades riesgosas (factor *riesgo creado*, art. 1757); g) Daño causado por animales (factor *riesgo creado*, art. 1759); h) Daño derivado de la actividad peligrosa de un grupo (factor *riesgo creado*, art. 1762); i) Responsabili-

las demás circunstancias y consecuencias de la acción dolosa se juzgarán conforme a lo establecido en el art. 1716 y ss., del Cód. Civ. y Com. La reparación del daño debe ser plena y consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie, pudiéndose optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero (art. 1740, CCyCN). Asimismo, el art. 2550 del Cód. Civ. y Com., al regular la dispensa de la prescripción de los derechos y expresar que el juez puede otorgarla si el titular los hace valer dentro de los seis meses siguientes a la cesación de los obstáculos –enunciados en dicho precepto–, es aplicable a los procesos previstos en el art. 174 de la LCQ que dispone que las acciones de responsabilidad del art. 173, LCQ, “prescriben” –no caducan– a los dos años contados de la fecha de la sentencia de quiebra (31). También debemos mencionar la norma que suspende el curso de la prescripción “entre las personas jurídicas y sus administradores o integrantes de sus órganos de fiscalización, mientras continúan en el ejercicio del cargo” (art. 2543 inc. e), del Cód. Civ. y Com.).

Por lo demás, fuera de la ley concursal, en otras normas jurídico-positivas (la Ley de Sociedades (32), el Cód. Civ. y Com., etc.), existen acciones

---

dad de los establecimientos educativos (factor *garantía*, art. 1767); j) Responsabilidad de los profesionales liberales cuando hayan asumido un resultado concreto (factor *garantía*, art. 1768); k) Accidentes de tránsito (factor *riesgo creado*, art. 1769): VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial”, *La Ley*, 2016-C (La Ley, 15/06/2016, p. 1), cita online: AR/DOC/1664/2016.

(31) ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, Ciudad Autónoma de Bs. As., 2016, 17 ed., ps. 307, 308, 310. Cfr. VÍTOLO, Daniel Roque, *Manual de concursos y quiebras*, ed. Estudio, Ciudad Autónoma de Bs. As., 2016, p. 277.

(32) Quien demande a directores de S.A., gerentes de S.R.L., controlantes de ambas, etc., deberá partir de la base de que no sólo podrá imputarles culpa profesional, sino que estará ante un caso de responsabilidad especialmente agravada a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código, el cual, con justo criterio, ha generado un significativo *aggiornamento* de todo el articulado que integra la “Teoría de la Responsabilidad Civil”, cuyo marco dispositivo debe ser considerado parte significativa de nuestro Derecho, entendido como plexo normativo: MARTORELL, Ernesto E., “El Código Civil y Comercial agrava la responsabilidad de los administradores de sociedades”, *La Ley*, 2016-D (La Ley, 10/8/2016, p. 1), cita online: AR/DOC/2291/2016; y, “Ley de sociedades, orden público y defensa de valores comunitarios fundamentales”, *La Ley*, Thomson-Reuters ProView, 12/9/2017; cita online: AR/DOC/1258/2017. En similar pensamiento se ha expresado que “la nueva legislación propone una mirada integradora a la hora de merituar la responsabilidad de los administradores sociales respecto de terceros, asumiendo que existe la posibilidad de accionar reclamando la misma a través de normas del derecho común que priman o superan a las existentes en la ley de sociedades y aun concursales que regulan la cuestión. Esta visión integradora permite un aná-

de responsabilidad patrimonial contra terceros cuyo sujeto activo es la persona ahora fallida. Los presupuestos de ejercicio de dichas acciones, la extensión del resarcimiento, los plazos de prescripción, etc., se rigen por sus leyes específicas. Los arts. 175 (33) y 176 de la LCQ, sin embargo, establecen algunas disposiciones particulares aplicables a las mencionadas acciones cuando sobreviene la quiebra de quien –de no haber falencia— hubiera sido su sujeto activo (34).

No deben confundirse las acciones de responsabilidad concursales y societarias, pues si bien pueden dirigirse contra el mismo legitimado pasivo, se diferencian en las conductas reprochables y en el factor de atribución. La acción societaria tiende a la reparación de los daños e intereses causados al ente societario, con independencia de que resultaren o no causa eficiente de la cesación de pagos de la sociedad, y no exige la existencia de un débito patrimonial injustificado que los afecte. La acción de responsabilidad concursal prevista en el art. 173 de la LCQ es una herramienta a través de la cual el síndico persigue reconstruir el patrimonio del fallido. El principio de universalidad patrimonial se refleja no sólo en los bienes

---

lisis adecuado de los presupuestos propios de la teoría de la responsabilidad civil que nunca fueron ajenos a la materia comercial”, BOQUÍN, Gabriela F, “Influencia de la reforma del Código Civil y Comercial en las acciones de responsabilidad concursal”, en *Los aspectos empresarios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, Fidas, Bs.As, 2015, p. 362. Véase: GERBAUDO, Germán E., “La incidencia del régimen de responsabilidad por daños en las acciones de responsabilidad de representantes en la quiebra”, en *Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho concursal*, Astrea, CABA, 2016, ps. 135 y ss.

(33) Dice el art. 175, LCQ: Socios y otros responsables. “El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra socios limitadamente responsables, administradores, síndicos y liquidadores, corresponde al síndico. Acciones en trámite. Si existen acciones de responsabilidad iniciadas con anterioridad, continúan por ante el Juzgado del concurso. El síndico puede optar entre hacerse parte coadyuvante en los procesos en el estado en que se encuentren o bien mantenerse fuera de ellos y deducir las acciones que correspondan al concurso, por separado”. El art. 175 no crea acciones específicamente concursales... Solamente modifica algunos aspectos de las llamadas acciones sociales de responsabilidad contempladas en el ordenamiento societario. La norma refiere, así, a cualquier acción de responsabilidad que en ausencia de quiebra de la sociedad hubiera correspondido promover —a la sociedad o al socio— en beneficio de la sociedad (ahora fallida): ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, Bs. As, 2006, 15 ed., p. 286. Véase asimismo: PRONO, Ricardo S: “El CCyC y las acciones de responsabilidad de representantes y terceros”, y “Legitimación del síndico en las acciones de responsabilidad de representantes y terceros en la quiebra”, en *Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial*, La Ley-Thomson Reuters, 2017, ps. 251 y ss., y ps. 307 y ss.

(34) ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, 17 ed., CABA, 2015, ps. 306 y ss.

desapoderados sino también en las acciones recuperatorias, como son la ineficacia de pleno derecho, la “revocatoria” concursal, las acciones de responsabilidad y de extensión de la quiebra, todas dirigidas a proteger la intangibilidad del patrimonio como garantía de los acreedores. La acción de responsabilidad societaria, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 274 y 276 de la LGS, tiene por objeto que los administradores respondan por los daños causados al patrimonio social por su mal desempeño según el criterio del art. 59, LGS, ante la sociedad (35).

#### **I. 4. Actos jurídicos ineficaces y acciones de inoponibilidad del período de sospecha falencial.**

(Arts. 115 a 124, LCQ; arts. 16, 17 a 20, 54 y *cdtes*, LGS; arts. 382 a 396, 1543 y *cdtes*, 1623 y *cdtes*, 340 y 342, Cód. Civ. y Com.).

El Cód. Civ. y Com. también ha incidido en preceptos que, en el período de sospecha falencial, legislan sobre actos y acciones de ineficacia o inoponibilidad concursales.

Debemos destacar, ante todo, que el Código ha plasmado una teoría general de las ineficacias de los actos jurídicos (36) en la normativa que simultáneamente pasamos a mencionar. El art. 382 del Cód. Civ. y Com. establece que los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su “nulidad” o de su “inoponibilidad respecto de determinadas personas.” Mientras en la nulidad el acto padece de una ineficacia *erga omnes*, en virtud de un defecto originario, en la inoponibilidad mantiene la validez pero, a pesar de ello, no surte efectos respecto de determinados terceros (art. 396, Cód. Civ. y Com.). Además, el Cód. Civ. y Com. contempla dos clases de nulida-

---

(35) Cfr: CNCom, sala B, 09/05/2016, *in re: Bonmetique SA s/quiebra, c/Bonserio Miguel Ángel y otros s/ordinario*. Véase: “Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor”, Buenos Aires, 2017, Fidas, ps. 135 y ss. En el campo societario también se ha considerado en doctrina que el sistema de responsabilidad de los directores, representantes, etc., está por sobre el sistema general del CCyC, por aplicación del orden de prelación establecido en los arts. 150 y 1709 del Cód. Civ. y Com., y la normativa específica de la LGS, arts. 59 y 274, y preceptos complementarios: arts. 72, 99, 183, 195, 224, y 275 a 279 de dicho texto legal: POLETTI, Laura y BERCUN, Eduardo, “¿Qué sucede cuando el director realiza actos que son ajenos o notoriamente extraños al objeto social? ¿Qué nivel de oponibilidad tienen los mismos? ¿Es necesario el factor de atribución subjetivo imputable al director, o bien estamos ante una responsabilidad objetiva?”, en *Cuestiones actuales y controvertidas de derecho societario, concursal y del consumidor*, Fidas, Bs. As., 2017, p. 371.

(36) CCyC: Libro Primero (Parte General), Título IV (Hechos y actos jurídicos), Capítulo IX (Ineficacia de los actos jurídicos).

des (arts. 386 y ss.), al decir que son de “nulidad absoluta” (37) los actos que contravienen el orden público (38), la moral o las buenas costumbres, y son de “nulidad relativa” los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas. Luego, también distingue entre nulidad total y parcial (art. 389): “nulidad total” es la que se extiende a todo el acto, y “nulidad parcial” es la que afecta a una o varias de sus disposiciones. Seguidamente, los arts. 390 y ss. del Cód. Civ. y Com. regulan los “efectos” de la nulidad (39). Y en la Sección 5ª —cerrando el Capítulo 9 de *Ineficacias de los actos jurídicos*—, el Código alude a la “con-

---

(37) La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia (art. 387, Cód. Civ. y Com.). En doctrina se ha dicho que si bien el Código de Vélez decía que el juez *debe* declarar la nulidad absoluta, la redacción actual del art. 387 del Código conduce a igual criterio, pues la caracterización de intereses inmersos en la problemática de la nulidad absoluta y sus presupuestos no eximirían nunca al juez de su deber de declararla: VALENTE, Luis Alberto, “Articulación de las nulidades en el marco de las ineficacias negociales”, en *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, t. I, La Ley-Thomson Reuters, Carlos A. Calvo Sotelo (dir.), CABA, 2016, p. 1002.

(38) El orden público configura un verdadero principio general, de contenido mutable histórica, axiológica y sociológicamente, y que como tal tiene quizás dos funciones esenciales: una “fundante”, como aquella que ofrece valores para fundar internamente el ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas; y otra, probablemente la más frecuente y característica, la “limitativa”, que singularmente se predica en relación con el juego libre de la autonomía de la voluntad, tal como lo consignaba el art. 21 del Código de 1871, y lo hace el art. 12 del nuevo Cód. Civ. y Com.: SAUX, Edgardo I., “El orden público en la teoría general de las personas”, en *Doctrina y Estrategia del Código Civil y Comercial*, t. I, La Ley-Thomson Reuters, Carlos A. Calvo Sotelo (dir.), CABA, 2016, p. 219. Sobre el concepto de orden público, véase asimismo: “Comentarios críticos de jurisprudencia” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2016-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-CABA, 2016, “Sociedades”, Héctor Alegria (dir. del área), Martín E. Paolantonio y Pablo A. Legón (coords.), ps. 841 y ss.

(39) CCyC. *Efectos de la nulidad*. Artículo 390, *Restitución*. La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido. Estas restituciones se rigen por las disposiciones relativas a la buena o mala fe según sea el caso, de acuerdo a lo dispuesto en las normas del Capítulo 3 del Título II del Libro Cuarto.- Artículo 391. *Hechos simples*. Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan.- Artículo 392. *Efectos respecto de terceros en cosas registrables*. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o muebles registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso. Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

firmación” del acto con nulidad relativa, en sus requisitos (art. 393), forma (art. 394), y efecto retroactivo (art. 395).

Cabe tener presente, asimismo, que la declaración de ineficacia de los actos en la quiebra se produce “respecto de los acreedores” (son actos “inoponibles” a los acreedores a quienes perjudican), como está dicho en los arts. 118 y 119, LCQ, en ambos casos en el primer párrafo, y también en el art. 123 que emplea la expresión “inoponibilidad” cuatro veces. Como enunciáramos en el párrafo anterior, el Cód. Civ. y Com. ha receptado, expresamente, la inoponibilidad del acto jurídico con respecto a terceros (art. 396), como una categoría especial y distinta de ineficacia.

Ahora bien. La ley concursal, al regular el denominado “período de sospecha”, dedica una primera parte de la Sección –constituida por los tres artículos iniciales–, para definirlo (art. 116), disponer cómo se fija o determina (art. 117), y señalar algunos efectos procesales que produce la determinación del “período sospechoso” (art. 115). Luego, en lo que podemos denominar la segunda parte del articulado (40) (arts. 118, 119 y 120), se precisan cuáles son las consecuencias que pueden derivar de aquella determinación y las declaraciones y acciones judiciales consecuentes.

Algunos de estos preceptos, que examinamos a continuación, son alcanzados por las reformas del Cód. Civ. y Com.

Así, el art. 118, LCQ, enumera en sus tres incisos a los actos ineficaces de pleno derecho “respecto de los acreedores,” realizados por el deudor en el período de sospecha, figurando en primer término los “actos a título gratuito,” que son aquellos a través de los cuales el fallido ha otorgado a un tercero una ventaja o beneficio con valor económico sin contraprestación susceptible de apreciación económica. De acuerdo con el art. 1543 del Cód. Civ. y Com., las normas que regulan la donación (arts. 1542 y ss.), “se aplican subsidiariamente a los demás actos a título gratuito” (41). Tam-

---

(40) Si aceptamos este criterio de separar el contenido de esta Sección en “partes” para su mejor comprensión, orden o sistematización, la tercera abarcaría a los restantes preceptos de la Sección, o sea, a los arts. 121 a 124, que tratan aspectos singulares, también relacionados con el período de sospecha.

(41) ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.522, 17 ed., Astrea, CABA, 2015, p. 231. El art. 1543 del Cód. Civ. y Com. remite así, para la interpretación de los actos a título gratuito contemplados en el período de sospecha falencial, a la aplicación subsidiaria de los preceptos contenidos en el Capítulo de la donación. V. gr.: a su aceptación, que es de interpretación restrictiva y debe producirse en vida de ambas partes (art. 1545); a la capacidad para donar y aceptar donaciones (arts. 1548, 1549); a la prohibición de los tutores y curadores para recibir donaciones de quienes han estado bajo su tutela o curatela, antes de la rendición de cuentas (art. 1550); a la

bién se ha señalado como acto que puede encuadrar en el art. 118 de la LCQ, al regulado en el art. 1623 del Cód. Civ. y Com., en función del cual, en caso de concurso o quiebra del cedente, “la cesión no tiene efectos respecto de los acreedores si es notificada después de la presentación en concurso o de la sentencia declarativa de quiebra” (42).

A su vez, el art. 119 de la LCQ expresa que los demás actos perjudiciales a los acreedores –no incluidos en el art. 118, LCQ—, otorgados por el deudor en el período de sospecha, pueden ser declarados ineficaces respecto de los acreedores “si quien celebró el acto con el fallido tenía conocimiento de la insolvencia del deudor”. Los requisitos para ejercer esta acción están enunciados detalladamente en dicho precepto, señalándose (43) que el Cód. Civ. y Com. tiene incidencia en el texto concursal porque este no regula la situación de los subadquirentes de bienes cuya primera enajenación hubiese estado afectada de ineficacia falencial, vacío que puede suplirse mediante aplicación analógica de las reglas del derecho común relativas a los efectos de las acciones de fraude y simulación frente a terceros (44).

---

forma a asumir, debiendo ser hechas en escritura pública las donaciones de inmuebles, de cosas muebles registrables y de prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552); a las donaciones con cargos (art. 1562); pactos de reversión de las cosas donadas (art. 1566), y revocación de donaciones (arts. 1569 y ss.), entre otras disposiciones del Cód. Civ. y Com.

(42) PESARESI, Guillermo M, *Ley de concursos y quiebras*, CABA, ed. Estudio, 2016, p. 125. Cfr: ROUILLON, Adolfo A. N, op. cit., p. 287; ACHARES DI IORIO, Federico, *Cesión de créditos en garantía ante el concurso o quiebra del cedente, en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Doctrina Societaria y Concursal, Errepar, Bs. As., N° 337 (diciembre 2015). El Cód. Civ. y Com. dispone asimismo que la cesión tiene efectos respecto de terceros desde su notificación al deudor cedido por instrumento público o privado de fecha cierta, sin perjuicio de las reglas especiales relativas a bienes registrables (art. 1620). Y que en caso de concurrencia entre cesionarios sucesivos, la preferencia corresponde al primero que ha notificado la transferencia al deudor, aunque ésta sea posterior en fecha (art. 1622).

(43) ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17 ed., Astrea, CABA, 2015, ps. 233, 235.

(44) El Cód. Civ. y Com. dice al respecto: Artículo 340. *Efectos frente a terceros*. El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; *la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia*. El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento

Mencionamos asimismo el art. 120 de la LCQ, que refiere en su segunda parte a los arts. 961 a 972 del Cód. Civil, hoy derogados por los arts. 333 y ss. del Cód. Civ. y Com. en lo que concierne a las acciones de simulación (45), y por los arts. 338 y ss. del Cód. Civ. y Com. en lo que respecta a las acciones de fraude o “pauliana” (46).

---

to. Agrega el artículo 341, Cód. Civ. y Com.: *Extinción de la acción*. Cesa la acción de los acreedores si el adquirente de los bienes transmitidos por el deudor los desinteresa o da garantía suficiente.

(45) La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten (art. 333, Cód. Civ. y Com.). La simulación puede ser lícita e ilícita. La simulación lícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas (art. 334, Cód. Civ. y Com.). Los artículos siguientes del Cód. Civ. y Com. regulan el contradocumento y la respectiva acción entre partes (art. 335, Cód. Civ. y Com.); la acción de nulidad que pueden promover los terceros cuyos derechos legítimos son afectados por el acto simulado (art. 336, Cód. Civ. y Com.); y los efectos de la simulación contra terceros y subadquirentes, de buena fe y de mala fe (art. 337, Cód. Civ. y Com.).

(46) El art. 338 del Cód. Civ. y Com. regula el derecho de todo acreedor para solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en “fraude” de sus derechos, y de las renunciaciones al ejercicio de derecho o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna. El art. 339 del Cód. Civ. y Com. contiene los requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad: a) que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores; b) que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor; c) que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia. El art. 340 del Cód. Civ. y Com. expresa que el fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto. El artículo regula asimismo los efectos del acreedor contra subadquirentes a título gratuito, o cómplices en el fraude y de mala fe. En doctrina, se tiene dicho que estas acciones (de simulación, y la *pauliana* o revocatoria del derecho común) exigen presupuestos probatorios más complejos que las acciones de “ineficacia concursal” y pueden deducirse en forma conjunta o separada de la acción de revocatoria concursal. El ejercicio por el síndico de la *actio pauliana* no requiere autorización legitimante de los acreedores en los términos del art. 119 del plexo falimentario. El tema se analiza con extensión en: ROUILLON, Adolfo A. N. y FIGUEROA CASAS, Pedro, *Código de Comercio, Comentado y Anotado*, t. IV-B, ps. 281 y ss. Véase: ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras*. Ley 24.522, 17 ed., Astrea, CABA, 2015, ps. 235 y ss.; HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, t. IV, Ábaco, Bs. As., 2005, p. 418. Criterio al que adhiere, entre otros, BARACAT, Edgar J., “Inoponibilidad concursal por actos anteriores a la quiebra: situación procesal de cocontratantes y subadquirentes del fallido. Reglas procesales”, *La Ley, Suplemento de Concursos y Quiebras*, junio

Es importante también señalar que, si bien el art. 342 del Cód. Civ. y Com. dice que la declaración de inoponibilidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven y hasta el importe de sus respectivos créditos, sin embargo, como bien se ha expresado (47), esta regla resulta modificada por el párrafo final del art. 120 de la LCQ, pues cuando se ejerce la acción de fraude en una quiebra, el resultado exitoso de dicha acción favorece a todos por el ingreso del bien o los valores que lo sustituyen al activo liquidable, cuyo producto se reparte entre todos los acreedores. De modo que aun cuando la acción la promueva o prosiga un acreedor —por inacción del síndico y luego de habérselo intimado a hacerlo en el término de treinta días—, los bienes o valores que se recuperen se sumarán al activo concursal. No obstante, al acreedor que obtiene el reintegro, la ley concursal le reconoce un privilegio especial (48) sobre los bienes recuperados, cuya extensión determinará el juez entre la tercera y la décima parte del producto de la liquidación de esos bienes. Esta preferencia puede alcanzar hasta el monto total del crédito del acreedor que obtuvo el reintegro.

En cuanto a la prescripción de estas acciones, la de “simulación” ejercida por terceros prescribe a los dos años (art. 2562, inc. a, Cód. Civ. y Com.), desde que el actor conoció o pudo conocer el vicio del acto jurídico (arts. 2563, inc. c, Cód. Civ. y Com.). Y la acción de inoponibilidad por “fraude”, prescribe igualmente a los dos años (art. 2562, inc. f, Cód. Civ. y Com.), desde que el tercero conoció o pudo conocer el vicio del acto (art. 2563, inc. f, Cód. Civ. y Com.). Ha de tenerse presente que estos plazos de prescripción bianual rigen para las acciones antes enunciadas (de simulación y de fraude, *pauliana* o revocatoria del derecho común, ejercidas por terceros), porque estas figuras están comprendidas en la nueva normativa

---

2010, p. 6, con referencias a distintas posturas doctrinarias. Véase también el excelente trabajo de HEREDIA, Pablo A., “Ejercicio de la acción de simulación en los procesos concursales”, *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, noviembre de 2014. Compulsar: Capítulo V, Sección IV, punto 1. *Legitimación del síndico en las acciones de ineficacia o revocatoria concursal*. La revocatoria ordinaria o acción pauliana (arts. 338 a 342 del Cód. Civ. y Com.) tiene efectos más graves y amplios que la ineficacia concursal, pues la revocatoria del derecho común anula el acto y alcanza a las partes que lo celebraron, en tanto la segunda sólo tiene por efecto la inoponibilidad del acto frente a los acreedores del fallido y no altera su validez: PESARESI, Guillermo M., *Ley de concursos y quiebras*, CABA, ed. Estudio, 2016, p. 128.

(47) ROUILLON, Adolfo A. N, *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, Astrea, CABA, 2015, 17 ed., p. 236.

(48) Véase: PRONO, Ricardo S, “Los privilegios concursales y el Código Civil y Comercial”, en *Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial (Apéndice)*, La Ley-Thomson Reuters, CABA, 2017, ps. 727 y ss.

del Cód. Civ. y Com. y por ende no cabe escindir la aplicación de dicha preceptiva en una interpretación coherente de la ley, pero consideramos que no rige para los demás actos contemplados en la misma Sección del período de sospecha, alcanzados por el art. 124 de la LCQ que dispone como regla genérica, para “la declaración prevista en el art. 118, la intimación del art. 122 y la interposición de la acción en los casos de los arts. 119 y 120 (49), la caducidad a los tres (3) años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra (50)”.

Corresponde referir además al art. 122 de la LCQ. Esta norma dispone que si el acreedor peticionante de la quiebra rechazada recibe cualquier bien en pago o dación en pago de un tercero para aplicar a ese crédito, en una quiebra posterior, de estar el acto alcanzado por el período de sospecha, se presume que es inoponible a los acreedores por ser violatorio a las normas de igualdad de trato, debiendo el acreedor reintegrar al concurso lo recibido, y pudiendo compelérsele “con intereses hasta la tasa fijada en el art. 565 del Código de Comercio.” Este precepto de la ley comercial no tiene correlato en el Cód. Civ. y Com. pues los arts. 767 y ss. de este cuerpo normativo no contemplan una norma análoga o equivalente, por lo cual consideramos que el precepto concursal ha de interpretarse en el sentido de que pueden aplicársele al acreedor renuente, como ha sucedido hasta el presente, intereses de hasta dos veces y media la tasa activa para operaciones de préstamo o de descuento bancarios (arts. 1408 y 1409, Cód. Civ. y Com.), vigentes en el Banco de la Nación Argentina.

---

(49) Con las excepciones mencionadas en dicho art. 120, LCQ: esto es, las acciones de “simulación y de fraude, pauliana o revocatoria del derecho común, ejercidas por terceros”.

(50) Además, se señaló que constituye una solución anómala de la ley que permita que el plazo de caducidad empiece a correr cuando todavía no está fijado el período de sospecha. Ello es así porque antes de que quede definida por sentencia firme la fecha de iniciación del estado de cesación de pagos y correlativamente determinado el período de sospecha (arts. 115 a 117, LCQ), no es posible establecer cuáles actos quedan atrapados por el sistema de inoponibilidad concursal, y cuáles, por el contrario, escapan a él: HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, t. 4, Ábaco, Bs. As., 2005, p. 482. Agrega este autor que la solución debe buscarse en el art. 3980 del Cód. Civil, para exceptuar al acreedor del carácter fatal e improrrogable de los términos fijados por la ley para intentar alguna acción o practicar cualquier acto (p. 483). Con el nuevo Cód. Civ. y Com., hay que acudir al art. 2550 que contempla causales de dispensa de la prescripción. Esta cuestión está también mencionada por ROUILLON, Adolfo A. N., *Régimen de concursos y quiebras. Ley 24.522*, 17 ed., Astrea, CABA., 2015, p. 240. Cfr.: ROITMAN, Horacio - AGUIRRE, Hugo A. - CHIAVASSA, Eduardo N., “Plazo de perención, acción de exclusión de socios e impugnación e impugnación de acuerdos sociales,” *La Ley*, 2011-E, p. 1230.

En lo que respecta a la incidencia del Cód. Civ. y Com. en el sistema de las nulidades societarias, se ha dicho que el régimen de nulidades vinculado a las sociedades ha tenido tradicionalmente especial relevancia pues “la nulidad del acto constitutivo” de la sociedad ha sido uno de los temas más difíciles de la materia para su solución en derecho positivo. Tanto el Código de Vélez Sársfield –salvo casos aislados–, como el Código de Comercio derogado no habían establecido normas propias y orgánicas para la institución. Asimismo, en materia de sociedades, el concepto de nulidad se confunde con el de responsabilidad, que es el efecto más importante que deriva de este tipo especial de nulidad (51).

Aludimos seguidamente a algunos comentarios a fallos de la Cámara Nacional de Comercio, sobre acciones de impugnación que persiguen la ineficacia de decisiones asamblearias, por la claridad e interés de los conceptos vertidos. Glosando estas sentencias se ha expresado que, en materia de nulidades asamblearias, es particularmente relevante la diferenciación entre nulidades absolutas y relativas que brindan los arts. 386 y 387 del Cód. Civ. y Com. En la práctica, el distingo es clave cuando se pretende sortear el breve término de caducidad previsto por el art. 251, LGS, para interponer una acción de nulidad. El criterio de distinción entre ambas categorías reside en la trasgresión de valores de orden superior: mientras que la nulidad absoluta importa una sanción de invalidez más rigurosa (afectación del orden público, la moral o las buenas costumbres), la nulidad relativa constituye un grado más benigno de la sanción que alcanza a los actos inválidos que, por no entrar en conflicto con el orden público, son reprobados por la ley en resguardo de un interés particular (52).

---

(51) Agrega VÍTOLO: No obstante que la Ley General de Sociedades no contiene un capítulo o sección destinado a tratar en forma conjunta y sistemática las nulidades societarias, sino que se refiere a ellas en disposiciones dispersas a lo largo de todo el ordenamiento, se ha considerado que existen actualmente, con la ley 26.994, cuatro grupos básicos de nulidades societarias: i) las nulidades referidas al *vinculo societario*, las cuales podrán acarrear o no la nulidad de la sociedad (art. 16); ii) las nulidades de *cláusulas contractuales o estatutarias* en las sociedades (arts. 13, 69, 185, 194, 240, 245, 248, 287, 322, entre otros); iii) las nulidades de las *sociedades* o, más precisamente, *las sociedades nulas* (arts. 18, 19, 20, 27 y 29); y, iv) la nulidad de *determinados actos societarios* (arts. 32, 38, 39, 199, 202, 227, 246, 271, 337, entre otros): VÍTOLO, Daniel R., *Manual de sociedades*, ed. Estudio, CABA, 2016, p. 131, con cita de Halperin. Responsabilidad que en materia societaria se encuentra limitada a la acreditación del daño efectivamente provocado y a la evidencia de la relación de causalidad entre el daño y la conducta u omisión dañosa: CACIO, Claudio C., “La responsabilidad solidaria de los administradores sociales en materia fiscal”, en *Cuestiones actuales y controvertidas del derecho societario, concursal y del consumidor*, ed. Fidas, Bs. As, 2017. p. 80.

(52) Véase: “Comentarios críticos de jurisprudencia” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2016-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-CABA, 2016, “Sociedades”, Héctor

Las consecuencias de la distinción son notorias: la nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia, y no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción. Por su parte, la nulidad relativa solo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece –aunque excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante—, y puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. Sin embargo –tal como se indica en uno de los fallos comentados—, pocas nociones son tan rebeldes como la de “orden público” como para formular de ella una definición clara y precisa. Por ello, dependerá en gran medida del criterio de razonabilidad que guíe a los jueces: el orden público es una regla de equilibrio en la infinidad de intereses jurídicos en juego –principios de orden superior, políticos, económicos, morales e, incluso para algunos, religiosos— y es misión del juez, por la condición de concepto mudable, contingente y relativo, interpretar en su momento su prevalencia y medida (53).

Habiéndose expresado, además, que en materia de nulidades asamblearias debería, en principio, prevalecer un criterio restrictivo y de extrema prudencia, habida cuenta de los intereses y bienes que ampara, así como las consecuencias que puede tener para la sociedad y los terceros que pudieron contratar en virtud de esos actos. Y en ese sentido, debe atenderse al orden de prelación que el ordenamiento tutela, en el que el interés público, la seguridad jurídica, la conservación de los actos jurídicos y el interés social se anteponen al mero interés individual de los socios. Por otra parte,

juzgamos razonable el breve plazo de caducidad previsto en el art. 251, LGS. Resulta impropio fijar un largo plazo que permita que cuestiones fundamentales para la correcta marcha de la sociedad queden en un régimen de transitoriedad e indefinición, en contraste con la celeridad que exige el tráfico jurídico y con su seguridad.

Y en aquellos casos donde efectivamente se encuentre en jaque la potencial afectación de valores superiores, cabrá recordar al doctor Edgardo Marcelo Alberti al emitir su voto en el conocido precedente “Albrecht, Pablo A. y otro c/Cacique Camping SA”, del 1º de marzo de 1996 (E.D, 168-545), quien, con motivo de la posible aplicabilidad del límite temporal dispuesto en el art. 251 de la LGS para la promoción de la acción

---

Alegria (dir. del área), Martín E. Paolantonio y Pablo A. Legón (coords.), ps. 841 y ss.

(53) Cfr: op. y ps. citados en nota anterior.

de nulidad, sabiamente sostuvo que la solución “no será hallada a partir de presupuestos apriorísticos...”, la conclusión ha de ser buscada en los hechos del caso; mediante la indagación de cuál fuere el vicio atribuido a la resolución, y cuál fuere la lesión producida por esa resolución” (54).

## **II. La inhabilitación y rehabilitación del fallido en el Cód. Civ. y Com. y en las legislaciones concursal y societaria.**

(arts. 234 a 238, LCQ; art. 94 inc. 6°, LGS; art. 163 inc. e, Cód. Civ. Y Com.)

El tema de la inhabilitación y rehabilitación del fallido está tratado en los tres ordenamientos jurídicos que estamos considerando, en las normas que a continuación mencionamos y que pueden coordinarse e integrarse entre sí.

En el régimen concursal, el fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra (55) y no puede administrar ni disponer de sus bienes hasta su rehabilitación (56). La inhabilitación, a su vez, “cesa de pleno derecho” al

---

(54) Cfr: “Comentarios críticos de jurisprudencia,” *RDPryC*, 2016-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe-CABA, “Sociedades”, Héctor Alegria (dir. del área), Martín E. Paolantonio y Pablo A. Legón (coords.), p. 842.

(55) Por la inhabilitación, el fallido no puede ejercer el comercio por sí o interpósita persona, ser administrador, gerente, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones, ni integrar sociedades o ser factor o apoderado general de ellas, además de otros efectos previstos en la ley concursal o en leyes especiales (art. 238, LCQ).

(56) Cfr. arts. 234, 107 y cdtes., LCQ. En las sociedades comerciales, “la situación de insolvencia judicialmente declarada (quiebra), implica para ellas, en tanto personas jurídicas, las mismas consecuencias de inhabilitación que para las personas de los comerciantes. Desde el punto de vista económico, la quiebra debe producir la disolución de la sociedad, tanto por la razón de que el patrimonio de la sociedad en quiebra es un patrimonio en liquidación, destinado a satisfacer a los acreedores, y no un patrimonio de explotación destinado a obtener lucro, como por la razón de que los administradores de la sociedad pierden la administración de ese patrimonio, que pasa a manos de los síndicos” ( GARRIGUES, Joaquín, “Tratado de derecho mercantil,” *Revista de Derecho Mercantil*, t. I, vol. 3, n° 492, Madrid, 1949, p. 1206; cit. por Pablo D. Heredia, op. cit.). La relación conceptual que puede hacerse entre la inhabilitación para el ejercicio del comercio que sufre el quebrado individual y la disolución de la sociedad por causa de quiebra y, más ampliamente, la equiparación de las sociedades a las personas jurídicas a los efectos de la quiebra, no impide advertir, empero, una diferencia fundamental entre ambas situaciones, como es que la interdicción para el ejercicio del comercio del fallido individual opera *ipso iure* a partir de la fecha misma de la declaración de quiebra (arts. 234, LCQ). en tanto que la disolución societaria no ocurre *per se*, en forma automática, por la sentencia de falencia... La declaración de quiebra no aparece *ipso iure* la disolución sino que sólo

año de la sentencia de quiebra (57), para el fallido y “para los integrantes del órgano de administración o administradores de las personas de existencia ideal (personas jurídicas); y es definitiva para las personas jurídicas, salvo que medie conversión en los términos del art. 90 admitida por el juez, o conclusión de la quiebra.”

La citada preceptiva concursal guarda estrecha relación con el Cód. Civ. y Com. Este dispone, en efecto —art. 163, inc. E—, en armonía con el régimen falencial, que la persona jurídica privada se disuelve por la declaración de quiebra y que la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento, o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, “o si la ley especial prevé un régimen distinto.”

El art. 94 inc. 6) de la LGS, a su vez, expresa que la sociedad se disuelve por declaración en quiebra y que la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión.

No obstante que los tres textos legales tienen redacciones disímiles para responder a la misma situación jurídica en la disolución de la sociedad por quiebra, está claro que el Cód. Civ. y Com. remite al régimen de la ley concursal como “ley especial falencial,” y que la legislación societaria está

---

crea el supuesto capaz de producir la disolución si así se acuerda expresamente por los socios, y ello porque las causas de disolución de las sociedades no son causas de terminación, sino supuestos jurídicos para que, en su día, ésta se produzca. Este criterio puede ser extendido a todo tipo de persona jurídica: HEREDIA, Pablo D., “Aspectos del Código Civil y Comercial de 2012 con repercusión en materia de derecho concursal: principales casos,” en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Julio César Rivera (dir.), Graciela Medina (coord.), Bs.As, Abeledo Perrot, 2012, ps. 1323 y 1325.

(57) O de que fuera fijada la fecha de cesación de pagos conforme a lo previsto en el art. 235, segundo párrafo (LCQ), salvo que se den los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes del art. 236, LCQ.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso extraordinario y consideró arbitraria la sentencia que determinó que el cese de la inhabilitación no opera de pleno derecho al año de la fecha del decreto de quiebra (y por ello incluyó en el proceso falencial los bienes heredados por el fallido después de haber transcurrido el lapso anual computado desde la fecha de la sentencia de quiebra), sino a partir de una declaración judicial obtenida mediante un trámite previo a los fines de comprobar si “prima facie” se configuran los extremos para reducir o prorrogar el plazo de inhabilitación, pues ese requisito no surge de la ley 24.522, que en su art. 236 establece que opera de pleno derecho: CSJN, 02/02/2010, “Barreiro, Ángel s/quiebra”, La Ley, 2010-E, p.160 (con nota a fallo de CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., “Cese de la inhabilitación y rehabilitación de los fallidos en la opinión de la CSJN”, La Ley, 2010-E, ps. 161 y ss.).

alcanzada por igual normativa al comprender esta la disolución de toda persona jurídica privada.

La interpretación, entonces, que corresponde hacer a los mencionados preceptos es la siguiente: en todos los casos (se trate de un proceso falencial o de una situación societaria o de otra persona jurídica privada), la disolución de la sociedad queda sin efecto, correspondiendo declarar la rehabilitación, si la quiebra concluye por los siguientes motivos (58):

- i) Cuando el juez concursal declara la conversión de la quiebra en concurso preventivo (59);
- ii) Si la quiebra concluye por inexistencia de acreedores (60);
- iii) Al admitirse la reposición de la quiebra, declarada a instancia de acreedor (61);
- iv) Por el desistimiento voluntario del deudor (62);

---

(58) Para un análisis pormenorizado de los casos de conclusión de la quiebra puede verse, de nuestra autoría: *Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial*, La Ley, Thomson-Reuters, CABA, 2017, ps. 699 y ss.; 701 a 703; 708 a 714; 720 a 722; y 722 a 725.

(59) La “conversión de la quiebra” prevista en los arts. 90 a 93, inclusive, de la LCQ, permite al deudor cerrar su quiebra y transformarla en concurso preventivo si observa los requisitos estipulados en dichos preceptos y no está impedido de solicitarla, en cuyo caso el juez “deja sin efecto la quiebra” y dicta sentencia conforme a lo dispuesto en los arts. 13 y 14, LCQ.

(60) Este posible supuesto de terminación de la quiebra opera cuando el juez debe decidir sobre la verificación o admisibilidad de los créditos, no existe presentación de ningún acreedor y se satisfacen los gastos íntegros del concurso, según reza el art. 229, segundo párrafo, LCQ. Aunque no sucede con frecuencia, mencionamos esta variante conclusiva del concurso al estar establecida en la ley y porque, de ocurrir, puede anticiparse a las demás.

(61) La quiebra declarada como consecuencia del pedido de acreedor puede concluir por dos vías procesales que, con distinta tramitación, prevén la reposición de dicha sentencia. Estas vías son: el recurso de revocatoria que, por el procedimiento del incidente concursal (arts. 280 y ss., LCQ) puede interponer el fallido (arts. 94, 95, 97 y 98, LCQ); y el recurso de reposición “sin trámite o levantamiento de la quiebra”, que, también a instancia del fallido, contemplan los arts. 96 y correlativos, LCQ.

(62) En la quiebra, a diferencia del concurso preventivo, la posibilidad de desistir es más limitada y rigurosa pues el art. 87, párrafo segundo, LCQ, expresa que el deudor que peticione su quiebra no puede desistir, salvo que demuestre, antes de la primera publicación de edictos, que ha desaparecido su estado de cesación de pagos. Es decir, no se admite el desistimiento *ad nutum* del deudor sino solamente cuando demuestre el requisito indicado por la ley, solución que se impone porque si al presentarse afirmó

- v) Por el avenimiento (63);
- vi) Si concluye la quiebra por pago total(64);
- vii) Si concluye por carta de pago de todos los acreedores(65). ♦

---

su cesación de pagos, solo es compatible con la seriedad que cabe imponerle al proceso, que demuestre que esa afirmación era errada o bien que desapareció ese estado antes de la publicación (Exposición de Motivos de la ley 19.551, punto 50, f).

(63) Luego de la declaración de conclusión de la quiebra por avenimiento y del cumplimiento por el fallido con la garantía fijada para asegurar los gastos causídicos, cesan el estado falencial y con él los efectos de la quiebra. Consideramos más adecuado, como se ha afirmado por Francisco QUINTANA FERREYRA y Edgardo M. ALBERTI (*Concursos*, t. 3, Astrea, Bs. As., 1990, p. 887), entender extinguidos también los efectos personales de la quiebra con la conclusión de esta mediante el avenimiento, por lo que la “declaración de rehabilitación” no resultará improcedente por ausencia de previsión normativa, sino simplemente superabundante por la desaparición del contexto dentro del cual procedería adoptarla.

(64) El juez debe declarar que el proceso de quiebra concluye por pago total cuando, realizado el activo y aprobado el estado de distribución final, alcanza el producido de los bienes para el pago a los acreedores verificados y admitidos por los valores que les fueran reconocidos en la quiebra, también para el pago a los acreedores pendientes de resolución en los términos del art. 220, LCQ, y los gastos y costas del concurso (art. 218, LCQ). Cfr: PRONO, Ricardo S., *Derecho Concursal Procesal. Adaptado al Código Civil y Comercial*, La Ley, Thomson-Reuters, CABA, 2017, p. 720.

(65) El último de los modos ordinarios de finalización de la quiebra es el mencionado en el art. 229, LCQ, que en su primer párrafo prevé una variante de conclusión de la quiebra por pago total, y que opera cuando se agrega al expediente “carta de pago de todos los acreedores”, debidamente autenticada, y se satisfacen los gastos íntegros del concurso.



# LAS SOCIEDADES DEL CAPÍTULO I, SECCIÓN IV DE LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

POR ALFREDO L. ROVIRA

## **1. Las modificaciones a la ley 19.550 introducidas por la ley 26.994**

La ley 26.994 que sancionó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, Cód. Civ. y Com.), vigente a partir del 1 de agosto de 2015, introdujo pocas pero importantes modificaciones a la ley 19.550 que pasó a denominarse Ley General de Sociedades (en adelante, LGS), todas enderezadas a flexibilizar el régimen hasta entonces imperante pero, como nota característica común, fundamentalmente tendiendo a dar mayor campo de acción a la autonomía de voluntad de las partes.

En esa línea podemos considerar inspirada la modificación al art. 1 de la LGS que autoriza ahora la posibilidad de crear una sociedad como fruto de una declaración unilateral de voluntad (art. del 1800 Cód. Civ. y Com.), la eliminación de la falta de tipicidad como causal de nulidad (art. 17 modif. por art. 2.7, Anexo II, ley 26.994), el nuevo marco regulatorio aplicable a las sociedades contempladas en la Secc. IV del Cap. I de la LGS (art. 21 y ss. modifs. por art. 2.8 a 2.13, Anexo II, ley 26.994), la posibilidad para los cónyuges de celebrar entre sí sociedades de cualquier clase (tipificadas o no), el art. 1010 del Cód. Civ. y Com. que flexibiliza el régimen de los pactos sobre derechos hereditarios en materia societaria y la ampliación explícita de la capacidad de las sociedades anónimas y en comandita por acciones contemplada por la nueva redacción del art. 30 LGS modif. por art. 2.17 Anexo II, ley 26.994. A ello se agregó la ley 27.349 que posibilita la creación de sociedades por acciones simplificadas, si bien como un nuevo tipo societario, con un amplio campo de acción a la autonomía de la voluntad.

## **2. La autonomía de la voluntad y sus límites. El régimen dual introducido por el Cód. Civ. y Com.**

El Cód. Civ. y Com. claramente encuadra a las sociedades como una persona jurídica privada (art. 148 inc. A]) además de concebirla como un contrato en función de la caracterización que de estas resulta de la LGS (art. 1, 16 y conchs. de la LGS) y del Cód. Civ. y Com. (art. 957, 1442 y conchs. del Cód. Civ. y Com.).

Además, como el Cód. Civ. y Com. contempla una más completa regulación de las personas jurídicas en donde se norman aspectos que —al ser la sociedad una persona jurídica privada— se superponen en varios aspectos con la regulación de la LGS, obliga a compatibilizar las disposiciones de ambos cuerpos legales.

La cuestión de la autonomía de la voluntad está genéricamente tratada en el Libro Tercero, Título II del capítulo que trata de los Derechos Personales en el Cód. Civ. y Com., cuando regula a los contratos en general, concretamente en los arts. 958 a 964 y, como vimos, tales disposiciones deben integrarse con las disposiciones de la LGS, en particular en lo que se refiere al requisito de la tipicidad. De tal modo, en el derecho societario se impone comenzar nuestro análisis por el art. 150 del Cód. Civ. y Com. que establece que las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen:

a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, por las imperativas del Cód. Civ. y Com.;

b) Por las normas del acto constitutivo, con sus modificaciones y de los reglamentos prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;

c) Por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título [Título II. Persona Jurídica].

Las antedichas normas son coherentes con las reglas de prelación normativa contenidas en el art. 963 del Cód. Civ. y Com. que establece que, cuando concurren disposiciones del Código y de alguna ley especial, el orden de prelación en las normas aplicables deben seguir el siguiente orden, a saber: a) las normas indisponibles de la ley especial y del Código, b) las normas particulares del contrato, para luego aplicar primero las normas supletorias de la ley especial y concluir con las normas supletorias del Cód. Civ. y Com.

De esta forma, toda vez que debamos analizar una problemática en torno al régimen aplicable a las sociedades, habremos de estar en primer lu-

gar a las disposiciones imperativas de la LGS, luego a las disposiciones del contrato social o estatuto y, en caso de silencio que deba ser suplido por la ley dispositiva de la LGS o, en su defecto, por las del Cód. Civ. y Com. en lo atinente a las personas jurídicas en primer lugar, y por las normas generales del Cód. Civ. y Com. que resulten aplicables a los actos jurídicos, en particular, los contratos.

Dicha disposición precisa —sin dar lugar a dudas interpretativas— que, en cambio, las sociedades que se constituyan en el extranjero solo se rigen por lo dispuesto en la LGS exclusivamente.

El principio general aplicable a las sociedades como personas jurídicas es el reconocimiento de una personalidad diferenciada de la de sus miembros, que comienza a partir de su constitución (arts. 143 y 142, respectivamente del Cód. Civ. y Com. y art. 2 de la LGS).

La regla que la ley 19.550 de 1972 (t.o. por decreto 841/1984) introdujo al derecho positivo societario en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54), con la ley 26.994 se extendió a toda persona jurídica por virtud del art. 144 del Cód. Civ. y Com.

### **3. La sociedad nace como fruto de un contrato**

No hay discusión en la actualidad que la sociedad es un sujeto de derecho que nace como fruto de un contrato plurilateral de organización o, en los casos de sociedades unipersonales, como resultado de una declaración unilateral de voluntad a las que se les aplica supletoriamente las reglas propias de los contratos (art. 1800 del Cód. Civ. y Com.).

En consecuencia, la sociedad resulta de un acto jurídico que es expresión de la autonomía de la voluntad y del principio de libertad para contratar. Pero esa autonomía para regular los derechos y obligaciones de una persona encuentra límites que el art. 958 del Cód. Civ. y Com. los circunscribe al orden público, la moral y las buenas costumbres. De ahí se deduce que las normas imperativas coinciden con aquellas inspiradas en los parámetros antedichos y, por ello, parte de nuestra doctrina tiende a identificar la ley de orden público con la ley imperativa (Borda), aunque no toda norma imperativa es de orden público (1).

Tal distinción la hemos precisado manifestando que, si bien nuestro derecho positivo contiene numerosas leyes y preceptos que se han denominado como de orden público, siendo su sustento la Constitución Nacional, en materia societaria no reconocemos la existencia de normas de

---

(1) ROVIRA, Alfredo L., *Pactos de Socios*, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 105-107.

orden público, como principio general. Ello, a pesar de que en diversas ocasiones la doctrina y jurisprudencia han calificado a disposiciones de la LGS como “de orden público”. Al así hacerlo, esa posición doctrinaria ignora que las normas a las que califica como “de orden público”, en rigor, no cumplen con los extremos necesarios como para alcanzar tal calificación. En nuestra opinión, en el derecho societario, si bien existen normas imperativas porque no admiten pacto en contrario, su calificación como tales resulta de una evaluación que el legislador realiza apuntando a la protección de derechos e intereses individuales. (2) Precizando un poco más lo antedicho, en nuestra opinión solo en limitados aspectos las normas destinadas a regular el derecho societario pueden encuadrar en la categoría de normas de orden público. Tal es el caso de aquellas normas, tanto del Cód. Civ. y Com. como de la LGS que hacen al reconocimiento del carácter de sujeto de derecho de la sociedad y las disposiciones que imponen los requisitos propios de los tipos societarios en cuanto de ellos se derivan consecuencias importantes de la organización de los derechos y obligaciones de la persona colectiva, que hacen a la seguridad jurídica y, por tanto, interesan a la comunidad toda. Todas las demás disposiciones no trascienden el limitado ámbito de protección de los intereses individuales y, por ello, consideramos que solo pueden ser calificadas como imperativas.

A mayor abundamiento, debo señalar que la LGS no hace una utilización precisa de los vocablos. Alude al interés público (art. 301), al orden público (art. 54, 2º apartado), al interés de la sociedad (arts. 197, 248, etc.) de un modo indistinto y de sus normas resultan diversas disposiciones que compatibilizan el interés individual de los socios, con el de los terceros y el interés social, razón por la cual nos sumamos a aquella corriente que califica a las normas societarias meramente como imperativas e inderogables por la autonomía de la voluntad en tanto y en cuanto así lo establezcan o resulte de la economía de la LGS. Y, ahora, habiendo el Cód. Civ. y Com. complementado la legislación societaria con la regulación genérica de la persona jurídica privada, esta conclusión debe extenderse y considerarse aplicable también a aquellas normas que regulan a la sociedad como una de las especies de persona jurídica privada.

Por ello concluimos que el criterio más ajustado es aquel que distingue a la norma jurídica en imperativa y supletoria o dispositiva. Esta es la terminología de los arts. 150 y 963 del Cód. Civ. y Com.

---

(2) Así, MANÓVIL, Rafael. M. “Impugnación de resoluciones asamblearias..”, en *Derecho societario y de la empresa - V Congreso de Derecho Societario*, t. II, pág. 305.

Las normas imperativas marcan límites a la autonomía de la voluntad, las supletorias la complementan. El art. 962 del Cód. Civ. y Com. establece, como principio general, que las leyes que regulan los contratos son por regla general meramente supletorias de la voluntad de las partes, pero la LGS, que es ley especial, si bien trae normas imperativas y dispositivas, a través de sus normas imperativas establece un “marco limitativo” de la voluntad de los socios.

Así, podemos concluir que las leyes de las que pueden surgir límites a la libertad contractual son las leyes imperativas o indisponibles para las partes, sea porque la norma así lo disponga o así resulte del contexto.

#### **4. Las novedades resultantes del régimen de las sociedades del Capítulo I, Secc. IV de la ley 19.550 (Ley General de Sociedades) del derecho argentino**

La impronta de la reforma introducida por la ley 26.994 a la LGS apuntó a revalorizar la autonomía de la voluntad y el valor del contrato no tan solo para los socios, sino también para los terceros que se relacionen con la sociedad resultante de un contrato social. Ello se denota en el sustancial giro que adoptó la regulación de las sociedades que anteriormente, y en forma genérica, se aludían como sociedades irregulares (que comprendía tanto a las sociedades con algún defecto de forma en el proceso de constitución como a las sociedades de hecho de objeto comercial). A partir de la entrada en vigencia de la ley 26.994, se derogó la distinción de la sociedad civil y la sociedad comercial y toda sociedad pasó a quedar sometida a la regulación de la LGS.

La necesidad de receptar en la LGS a las sociedades civiles existentes al tiempo que la reforma entró en vigor sin duda fue una fuente de inspiración del nuevo régimen, de modo que al incluirse a las antes denominadas “sociedades civiles” en el régimen de las ex “sociedades irregulares” el legislador se consideró obligado a atenuar el régimen de responsabilidad ilimitada de los socios como venía siendo regulado por la ley de sociedades comerciales de 1972, por lo que, si bien continuó siendo ilimitada —como antes—, dejó de ser solidaria, imponiéndose la mancomunidad simple, como regulaba el régimen de responsabilidad de los socios para las sociedades el derogado Código Civil.

De tal modo, salvo que se pacte expresamente en el contrato o para una o más relaciones jurídicas en particular (art. 24 LGS), a partir de la reforma que entró a regir en 2015 se ha producido un indirecto beneficio para esta clase de sociedad.

Así, la Secc. IV del Cap. I de la LGS regula a toda sociedad que adolezca de algún defecto de forma o fondo, salvo que se trate de algún supuesto de nulidad regulado por los arts. 16 a 20 de la LGS. Desaparece de este modo la clase de “sociedades irregularmente constituidas” o “de hecho de objeto comercial” por oposición a las sociedades “regularmente constituidas” y asimismo desaparece la especial sanción de “irregularidad” por oposición al de nulidad, como lo contemplaba la ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 1972.

Cambió así en forma sustancial el enfoque pues, en forma diversa al criterio del legislador de 1972, hoy no solo no se desincentiva el uso de las sociedades irregularmente constituidas —para referirse a las sociedades que adolecen en todo o en parte de recaudos formales—, sino que se las recibe con generosidad, dándoles un claro régimen de responsabilidad atenuado respecto de lo que significaba el ordenamiento anterior y también con pleno respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Como anticipamos, esta tendencia a favor de la amplia recepción de la autonomía de la voluntad se profundizó con la posterior sanción de la ley 27.349 que incorpora al ordenamiento argentino a la Sociedad por Acciones Simplificada o SAS.

En este aspecto, señalamos la coherencia entre lo que significa esta reforma y el modo en que el Cód. Civ. y Com. regula las ineficacias. Conforme al Libro Primero, Título IV (que regula los hechos y actos jurídicos), Cap. IX del Cód. Civ. y Com., a partir del 1 de agosto de 2015 en el derecho argentino solo se reconocen dos modos de ineficacia de los actos jurídicos, a saber, la nulidad (arts. 383 a 392 del Cód. Civ. y Com. y arts. 16 a 20 de la LGS) y la inoponibilidad (arts. 144 del Cód. Civ. y Com. y 54 de la LGS). Pero, además, debe tenerse en cuenta que, si bien en el derecho general la nulidad priva de todo efecto al acto jurídico, y con retroactividad, en el derecho societario la nulidad produce efectos especiales ya que el modo que el legislador caracteriza a la nulidad es reconociendo la realidad económica que comporta y, por ende, en materia societaria, la nulidad no produce los efectos retroactivos de la nulidad civil, sino que es concebida como una especial causal de disolución (ver arts. 18 a 20). Ello a pesar de que por una clara deficiencia legislativa de la ley 26.994 no se hace la salvedad en el art. 16 ni se la incluyó entre las causales enumeradas en el art. 94 de la LGS. Respecto de la inoponibilidad, no cabe formular distinción ya que esta solo priva de efecto al acto respecto de determinadas personas y, por tanto, las normas respectivas son similares tanto en el Cód. Civ. y Com. como en la LGS (art. 144, 382 del Cód. Civ. y Com. y 54 de la LGS).

Como corolario, la LGS no solo confirmó varias cuestiones troncales introducidas novedosamente para el derecho de las sociedades en Argenti-

na en el año 1972 por la ley 19.550, sino que a su vez las profundizó. Así, podemos señalar varios aspectos salientes derivados de la modificación introducida a la Secc. IV del Cap. I de la LGS, tales como:

a) Se consolida el valor del acto jurídico (contrato) como generador de un nuevo sujeto de derecho y, por tanto, centro de imputación de intereses, actos y hechos jurídicos reconocidos en forma expresa en el art. 2. Y tal noción se mantiene a pesar de incorporarse al régimen jurídico a la sociedad unipersonal ya que, si bien ella nace de una declaración unilateral de voluntad, estas también se regulan supletoriamente por las normas comunes a todos los contratos. En efecto, hoy una sociedad podrá ser el fruto de un contrato (art. 957 del Cód. Civ. y Com. y art. 1 de la LGS) o, simplemente, cuando se trate de una sociedad unipersonal, de una declaración unilateral de voluntad (art. 1800 del Cód. Civ. y Com. y art. 1 de la LGS). El Cód. Civ. y Com. reconoce expresamente el valor de la declaración unilateral de voluntad como causante de una obligación jurídicamente exigible y, por tanto, al tiempo que la reconoce como una fuente especial de obligaciones la mantiene dentro del campo genérico contractual ya que, como señalamos *ut supra*, el Cód. Civ. y Com. le hace aplicable en forma supletoria las “normas relativas a los contratos” (art. 1800, *in fine*, Cód. Civ. y Com.).

b) También consolidó la noción de sociedad como persona jurídica diferenciada de la persona de los socios. Antes de la reforma se sostenía que esa personalidad era “limitada”, como la caracterizó alguna doctrina (3), en tanto no se le reconocía el carácter de sujeto de derecho a los fines de la adquisición de bienes registrables (aunque esta cuestión también era controvertida en doctrina) (4). Ahora, por virtud de la reforma, la socie-

---

(3) La sociedad irregular de la original ley 19.550 hasta su reforma por la ley 22.903 de 15 de septiembre de 1983 (t.o. por decreto N°841/84) se decía que tenía una personalidad “precaria y restringida”. Precaria porque cualquiera de los socios podía exigir la disolución en forma directa o resultaba una facultad explícita para provocarla si, solicitada la regularización, esta no era posible por no alcanzarse la mayoría. Además, se decía que la personalidad era restringida, porque no se le reconocía personalidad diferenciada a los fines de la adquisición de los bienes cuyo dominio requería registración.

(4) Si bien ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, t. I, ps. 504-506 comparte nuestra opinión, no por ello dejó de citar posiciones antagónicas en fallos y doctrina. Para la demostración de que las disposiciones de la LSC no eran limitantes a la personalidad, NISSEN, Ricardo A., *Sociedades irregulares y de hecho*, Astrea, Buenos Aires, ps. 69-70; ROMERO, José I., *Sociedades irregulares y de hecho*, Depalma, Buenos Aires, 2ª ed., 2012, ps. 190-196. Dichos autores sostuvieron que, pese a la falta de la posibilidad de registrar los bienes a nombre de la sociedad, podían sin embargo formar parte de su patrimonio, ETCHEVERRY, Raúl A., *Sociedades irregulares y de hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 220; NISSEN, Ricar-

dad quedó habilitada para adquirir bienes registrables con solo acreditar ante el registro de bienes registrables su existencia y las facultades de quien actúe como representante con el reconocimiento de todos quienes afirman ser sus socios (art. 23 de la LGS) (5). Ello no es más que una ratificación del valor de la autonomía de la voluntad de los socios.

c) Se afianzó la conclusión de que las sociedades reguladas en esta sección constituyen una “clase” de sociedad distinta de aquellas otras constituidas regularmente conforme alguno de los tipos previstos por la ley. Ello así por cuanto la nueva regulación extiende el campo de acción de la regulación societaria no solo a las sociedades con vicios de forma, sino también a aquellas que padecen un defecto de fondo tan significativo como es la falta de tipicidad (ver art. 21 de la LGS); y

d) Consagró explícitamente el valor de la autonomía de la voluntad y el valor del contrato se incrementó no solo respecto de los socios, sino también respecto de terceros que lo conociesen. Bajo el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales, el contrato social tenía un valor relativo ya que (i) no podía establecer limitaciones o regulaciones en torno a la responsabilidad que solo se concebía como solidaria; (ii) ningún socio podía invocar entre sí ni respecto de terceros derechos o defensas nacidos del contrato social; (iii) se dejaba sin efecto, por tanto, el régimen de representación legal que se hubiese estipulado contractualmente en tanto frente a terceros cualquiera de los socios representaba a la sociedad. En cambio, la LGS le da pleno valor al contrato social ya que (i) puede ser invocado entre los socios y es oponible a terceros si se prueba que lo conocían al tiempo de contratar o de surgir cualquier relación jurídica, incluso en lo relativo a la representación y administración societaria (arts. 22 y 23 de la LGS); (ii) las cláusulas relativas a la representación, la administración y organización jurídica son plenamente oponibles y exigibles entre

---

do A., *Sociedades irregulares...*, cit., ps. 81-84, y jurisprudencia y doctrina allí citados. También Cám. Com., Sala E, 30.11.2011, López c. Caridad, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, año 13, 2012, Nº 3, p. 165.

(5) La reforma del año 83 a la ley 19.550 se hizo eco del clamor de importante parte de la doctrina que propició mecanismos para que, en lugar de fomentar la desaparición del sujeto, este pudiese continuar su existencia bajo un modo distinto al de la “transformación” por cuanto dicho método de reorganización está reservado exclusivamente para la sociedad tipificada. Así surgió la novedad de la posibilidad de “regularizar” la sociedad conforme lo autorizaba el art. 22 en el texto aprobado por la ley 22.903. De tal modo se limitó la calificación de “precaria” pero la disolución solo podía evitarse si la mayoría (de los socios, no del capital) resolvía la regularización, es decir, la adopción de alguno de los tipos regulares, con derecho al retiro de los que votaron en contra. La parte de quienes se retiraban se liquidaba de conformidad con el art. 92 (art. 22, cuarto párrafo).

los socios (art. 23 de la LGS); (iii) el contrato vale a los fines de adquirir a su nombre bienes, incluso los registrables (art. 23, *in fine*) y (iv) los socios pueden pactar solidaridad en su régimen de responsabilidad y también pactar un modo de regir la responsabilidad simplemente mancomunada que no sea por igual y tal régimen puede ser oponible a los terceros que conozcan el contrato (art. 24 y art. 22).

Como conclusión, la sociedad de la Secc. IV, Cap. I deja de ser una sociedad penalizada para pasar a ser una de las tantas formas legales alternativas que el legislador propone para aquellos que deseen llevar adelante un emprendimiento en forma conjunta asociándose entre sí y dando lugar a la creación de un nuevo sujeto de derecho.

Por otra parte, también siguiendo una moderna tendencia del derecho societario, las sociedades encuadradas en la Secc. IV del Cap. I de la LGS se presentan como la clase social más simplemente regulada, donde si bien se continúa respetando y afirmando la noción de “persona jurídica”, regulando así a la sociedad bajo una modalidad que nuestro régimen, antes de la reforma, desincentivaba, le otorgó a los socios un amplísimo marco para regular sus derechos y obligaciones totalmente fuera del “molde” que impone la tipicidad societaria. Esta conclusión no se alteró con la incorporación del nuevo tipo “sociedad por acciones simplificada”.

## **5. La calificación de las sociedades del Capítulo I, Sección IV de la LGS**

Lo antes expuesto ha llevado a parte de la doctrina y al vulgo a referirse a ellas como las sociedades “simples” pero, en rigor, no me parece atinada la denominación pues en otras legislaciones, cuando se ha querido regularlas como tal, así se ha hecho e imponiéndoles en forma expresa tal denominación (6).

Otra parte de la doctrina califica a esta clase de sociedades como “residuales” (7) por quedar sujetas a esta regulación ya sea por contener elementos incompatibles con el tipo (atípicas), no cumplir con las formal-

---

(6) Por ejemplo, el art. 1013 del Código Civil Paraguayo la define como: “Será considerada simple la sociedad que no revista los caracteres de alguna de las otras regladas por este Código o en leyes especiales y que no tenga por objeto el ejercicio de una actividad comercial...”

(7) SUAREZ, Sergio P., “Las Sociedades constituidas sin sujeción a los tipos legales en el proyecto de reformas”, *Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa*, Año III, N°6, dic. 2012. Duprat, Diego A. J. - MARCOS, Guillermo A., “Sociedades anómalas, informales, atípicas, simples o residuales”, diario LA LEY 07/07/2015, 1. Cita Online: AR/DOC/1779/2015.

dades de la ley en su totalidad (sociedades de hecho) o cumplirlas en forma inadecuada o incompleta (sociedades irregulares y que, refiriéndose a ambos supuestos, Duprat califica como “informales”) y las que omitieran requisitos esenciales no tipificantes (que Duprat las califica como “anómalas”). Ese autor también incluye en esta sección a aquellas otras personas jurídicas que no encuentren una ubicación y regulación específica bajo otras normas legales.

No participo de tal posición por cuanto el Cód. Civ. y Com. es claro que, entre las personas jurídicas, una de sus posibilidades son las sociedades y a tales personas jurídicas les será exclusivamente aplicable la Secc. IV del Cap. I, no así a las restantes personas jurídicas privadas enumeradas por el art. 148 del Cód. Civ. y Com. que tienen una regulación específica.

Por ello, en mi opinión, la sociedad del Cap. I, Secc. IV se ha consagrado como una “clase” de sociedad con plenos efectos que la diferencian de la persona de su/s socio/s. La novedosa forma en que el legislador argentino aborda la cuestión de enfrentarnos a la realidad del tráfico que evidencia la existencia de estas sociedades por doquier, situación agravada al incorporarse todo el cúmulo de sociedades civiles existentes al entrar en vigor la ley 26.994, tiene el efecto directo de generar así una “clase” de “*sociedad alternativa*” ya que, al reconocérselas como verdaderos y plenos sujetos de derecho y darle pleno valor al contrato social, estas formas societarias aparecen como una alternativa a la posibilidad de constituir una sociedad de cualquiera de los tipos previstos por la ley, e incluso la SAS.

## **6. La autonomía de la voluntad consolida el efecto fenomenal del contrato social al ser el único acto jurídico del sistema jurídico que crea un “sujeto de derecho”**

Por otra parte, la autonomía de la voluntad y el efecto de crear un “sujeto de derecho” se consolida en esta “sociedad alternativa”, pues solo cuando el contrato social sea sin plazo determinado es posible que cualquier socio pida la disolución de la sociedad (art. 25, 3er. párr.). La norma es coherente con el derecho de contratos en donde no existe la posibilidad de que una parte se sienta vinculada por siempre por razón de un contrato; en particular, cuando no hay plazo de duración pactado. Pero, aun así, predomina el principio de conservación del acto.

Por ello, otra derivación que detectamos en el cambio de regulación de esta clase de sociedades es que, además de realzar el valor de la autonomía de la voluntad, se advierte cómo perdura la fuerte influencia que el Código Civil Italiano de 1942 tuvo en el derecho argentino cuando, por

primera vez en nuestro derecho, la Ley de Sociedades Comerciales de 1972 introdujo la noción de “conservación de la empresa”.

Tal concepto partió del principio de la conservación del acto como un modo de preservar el efecto vinculante del contrato y, con ello, favoreciendo a la continuidad empresaria, tendencia que ya la doctrina y jurisprudencia postulaba con fuerza en la segunda mitad del siglo XX y consolidó en los pocos años corridos del siglo XXI. Así, para nada sorprende que el Cód. Civ. y Com. hubiese incorporado a nuestro ordenamiento el principio genérico de la “conservación del acto” en el art. 1066 como regla general de interpretación en materia contractual. Por ello no dejo de resaltar que la LSC fue la primera en instituir en el derecho positivo argentino el referido principio de conservación del acto jurídico al establecer en su art. 100 el principio de la conservación de la empresa como un corolario de lo anterior y que recién ahora, con el Cód. Civ. y Com., se expande en sus efectos en nuestro derecho positivo con una norma clara y precisa de naturaleza genérica —comprensiva de todo acto jurídico— como es la del art. 1066 antes referido.

La seguridad jurídica y el interés de los terceros tienen hoy un fuerte apoyo en el contrato social y en el conocimiento que los terceros tuviesen de este. Se suple así el hecho de la falta de publicidad ficta que emana del recaudo registral. Así, del juego armónico de los arts. 22, 23 y 24 surge que el contrato social puede ser invocado entre los socios y ser oponible a los terceros si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria; más aún, en cualquier caso, los terceros pueden invocarlo contra la sociedad, sus socios y administradores.

La solución de la nueva normativa recoge la tendencia que fueron postulando los proyectos de reforma a esta cuestión, es acorde a la realidad del tráfico y lo favorece dotándolo de reglas más claras (8). Además, lo dispuesto en el anteúltimo párrafo del art. 23, en materia de bienes registrables, también es una disposición que procura seguridad jurídica pues, mientras reconoce la voluntad de colocar el dominio de un bien registrable en el nuevo sujeto de derecho constituido, al mismo tiempo

---

(8) A partir del Proyecto de la Comisión Federal del año 1993 se propuso la solución incorporada por el Cód. Civ. y Com., es decir, otorgar exigibilidad a los derechos y obligaciones asumidos en el contrato. Así, el Proyecto de 1998 reprodujo el texto de 1993, y el Proyecto de Reformas a la Ley de Sociedades Comerciales de 2005 lo estableció en el segundo párrafo del art. 21: “Las cláusulas del contrato pueden ser invocadas entre los socios pero son inoponibles a terceros a menos que se pruebe que éstos lo conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de relaciones jurídicas disponibles por la autonomía privada”.

obliga a exhibir el contrato y a tener el respaldo de todos los que resulten de él como socios. Es más, dada la falta de publicidad registral, obliga a especificar en el acto jurídico que se trate la proporción con la que cada socio participa en la sociedad más allá de lo que el contrato diga. Si se quiere, se peca en exceso respecto del respeto de la voluntad expresada al contratar.

### **7. La cuestión de la resolución parcial del vínculo y la autonomía de la voluntad**

La noción de conservación de la empresa no existía en el modo que el legislador reguló a esta clase de sociedades en la ley de 1972; por otra parte, tal concepto aplica solo en caso de duda sobre si hay una causal de disolución o de validez y subsistencia.

La aceptación de sociedades en estado de incumplimiento de los recaudos de forma fue una solución práctica ante la innegable realidad económica y jurídica de la existencia de múltiples sociedades que actuaban en el mundo socioeconómico generando actos jurídicos y las consecuentes derivaciones con impacto en la realidad empresarial. La ampliación introducida por la reforma de incluir en este régimen también a las sociedades “atípicas” tuvo la misma motivación: al unificarse el régimen de derecho civil y comercial en un Código que trata de las materias civil y comercial, desapareció la distinción de la sociedad civil y la sociedad comercial y así hubo necesidad de acoger en el nuevo régimen a una infinidad de sociedades civiles constituidas al amparo del Código Civil derogado.

Con este nuevo enfoque, se afianzó el principio del reconocimiento de la voluntad de las partes que dieron origen a una sociedad y justificó que se aceptase con efectos plenos, pero con un régimen de responsabilidad acotada respecto de cómo fue originalmente regulada la “sociedad irregular”; toda forma societaria no encuadrada en algún tipo social para así recibir en el régimen general societario a las “ex sociedades civiles” (9)(10). Así, para el nuevo ordenamiento, lo relevante es que toda forma societaria da nacimiento a una persona jurídica privada, como está pre-

---

(9) Vale hacer extensivas las reflexiones que formulase el prof. Dr. Rafael Manóvil respecto de las “sociedades irregulares” a las sociedades civiles cuando recordó la exposición de motivos de la ley 19.550 en relación a este tema donde los legisladores consideraron a la cuestión de las sociedades irregulares y de hecho “un arduo problema”, que se decidieron a regular porque “lo contrario hubiera significado apartarse de la realidad, ignorando, como ya lo señalara Vivante, toda una tupida red de negocios que cotidianamente se desenvuelven en su torno”.

(10)

visto por el art. 148 del Cód. Civ. y Com., y la existencia del nuevo sujeto se reconoce desde el mismo momento en que se suscribe el contrato constitutivo.

La registración de las sociedades tipificadas pasa a tener mero efecto declarativo, sin ninguna duda. Además, de tal forma se consolidó la conclusión que la sociedad es una de las subespecies del género “persona jurídica”, que ofrece la posibilidad de encuadrarse en la especie persona jurídica pública (art. 146 del Cód. Civ. y Cóm.) o persona jurídica privada (art. 148 del Cód. Civ. y Com.).

Las disposiciones legales en materia de resolución del contrato social deben calificarse como normas dispositivas. En efecto, lo previsto en los arts. 89 y 90 de la LGS tienen el carácter de normas dispositivas para llenar el vacío que dejan las partes al no reglar situaciones específicas de resolución parcial. Así, se da margen amplio a la voluntad de los socios. En suma, las causales de resolución pueden ser susceptibles de regulación convencional sin límite, pues se trata de un claro supuesto de interés particular.

Por otra parte, debe señalarse que el Cód. Civ. y Com. no trae norma alguna en materia de resolución del contrato social por lo que, tratándose de una sociedad, nuestro análisis se restringe a lo dispuesto por la LGS.

### **8. La libertad de contenido contractual es la característica peculiar de la “sociedad alternativa” en lo que respecta a la disolución**

La reforma introducida a la LGS por la ley 26.994 es coherente con el criterio seguido por el Cód. Civ. y Com. y confirmó el principio de la autonomía de la voluntad a pleno al no imponer restricciones en lo que al contrato social respecta. De tal modo el art. 22 de la LGS autoriza a los socios incluir en el contrato cuánta disposición consideren adecuada a la mejor regulación de sus derechos y obligaciones sin que les sea aplicable ninguna restricción en materia de organización jurídica como sí lo es para las sociedades tipificadas. La libertad de contenido es de tal magnitud que, a diferencia de los supuestos de las sociedades tipificadas, que siempre deben contemplar un plazo de duración (art. 10, inc. a), 6) resulta del art. 25 que explícitamente concibe la posibilidad de que la sociedad se constituya sin plazo de duración estipulado.

Del mismo modo, ello implica permitir también, tal como lo contempla el art. 163, inc. j), la posibilidad de que el contrato contemple cualquier causa adicional de disolución a las establecidas por la ley general

o especial (11). Tal posibilidad, además, queda coherentemente inserta en el régimen societario por cuanto, a su vez, el art. 89 de la LGS, que no fue afectado por la reforma, ya autoriza a los socios prever en el contrato constitutivo causales de disolución. La diferencia de redacción que se percibe entre lo establecido en el art. 163 del Cód. Civ. y Com. y el art. 89 de la LGS en cuanto el Cód. Civ. y Com. establece, en forma genérica, que las causales contractuales pueden resultar del “estatuto” (léase “contrato”), la LGS —manteniendo la redacción que traía la LSC— restringe esa posibilidad solo al “contrato constitutivo”; sin embargo, ello no sería óbice para que una ulterior modificación del contrato constitutivo contemple supuestos de disolución específicos.

La aparente limitación que parece surgir del art. 89 de la LGS no parece tener impacto práctico en la sistemática de las sociedades de la Secc. IV, Cap. I; ello así, pues, si bien la LGS ha modificado su regulación de modo de salvaguardar la empresa y su continuidad, existiendo pactos de disolución adicionales a los del art. 94 de la LGS, que también aplica a esta clase de sociedades, no crea conflicto con la economía de la ley.

Por otra parte, así como luego de constituida la sociedad es posible a cualquier socio solicitar, por disposición legal, su subsanación, también es posible pactar una causal de disolución adicional a las legales, aunque no se hubiesen contemplado en el contrato constitutivo en torno a esa facultad legal. No se trata de recurrir a la norma general del art. 163 del Cód. Civ. y Com., sino de dar prevalencia a la autonomía de la voluntad. Ya se

---

(11) Si se compara la redacción del actual art. 94 de la LGS con la enumeración que traía la LSC y la que ahora trae el Cód. Civ. y Com. se advierten algunas diferencias. Así, el art. 94 de la LGS dice: 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 por el cual se formó, o por la imposibilidad sobreviniente de lograrlo;
- 5) por la pérdida del capital social;
- 6) por declaración en quiebra; la disolución quedará sin efecto si se celebrare avenimiento o se dispone la conversión (se elimina concordato resolutorio);
- 7) por su fusión, en los términos del artículo 82; (se elimina el ex 8 que era la reducción a 1 del n° de socios subsistiendo por 3 meses pero con responsabilidad ilimitada y solidaria con la sociedad)
- 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 SESENTA (60) días, de acuerdo al artículo 244, cuarto párrafo;
- 9) por resolución firme de retiro de la autorización para funcionar si leyes especiales la impusieran en razón del objeto.”

Esta enumeración se contradice con el art. 163 del Cód. Civ. y Com.

advierte del modo que esta clase de sociedad es regulada que, si bien por un lado se tiende a dar posibilidades a que la empresa subsista, ello no es óbice para que los socios acuerden supuestos adicionales a los que la ley contempla como causal de disolución. En tal caso, la norma convencionalmente creada prevalece por sobre el art. 25 de la LGS. La conclusión es coherente con la implícita inducción legal a los socios a que tiendan a adoptar algunos de los tipos previstos por la LGS. Es más, ahora, con la posibilidad de recurrir a la SAS, existe un tipo legal que favorece la más amplia autonomía de la voluntad en la regulación de la organización así como los derechos y obligaciones de los socios entre sí.

Como vimos, la finalidad del legislador es reconocer la realidad pero, analizada la LGS en su integridad, es obvio que lo que se prefiere es que las sociedades se acojan a alguno de los tipos previstos por la LGS. De ahí que no se ve incompatibilidad con esa finalidad del legislador de dejar librado a la voluntad de las partes el pacto de disolución para supuestos fácticos predeterminados o, incluso, a voluntad de cualquier socio, aunque no se cuente con la mayoría suficiente como para formar la voluntad social; en tal supuesto, los disconformes no tendrían derecho a impedir la disolución porque el presupuesto es distinto al contemplado por el legislador.

Pero, adicionalmente, y relacionado con lo anterior, hay otras posibilidades que también pueden contemplarse. Así, el art. 25 de la LGS autoriza pedir la disolución con la posibilidad de evitarla dando lugar solo a la resolución parcial del vínculo, pero ello no impide que el contrato dispusiese que el pedido de subsanación no aceptado por la unanimidad implicará la disolución y entonces no será de aplicación la disposición que autoriza a recurrir al juez para que la subsanación sea ordenada judicialmente. En mi opinión, el art. 25 de la LGS es supletorio de la voluntad de las partes y, por ende, no es una norma imperativa, pues si así lo hubiese deseado el legislador lo habría contemplado en forma expresa.

De este modo, en el marco de la máxima autonomía de la voluntad que confiere el régimen de las “sociedades alternativas”, por convención, podría pactarse tanto la disolución si no se alcanza la unanimidad para subsanar el contrato y acomodarlo a alguno de los tipos sociales como también que la disolución proceda a pedido de cualquier socio aun en los contratos con plazo de duración determinado, sin dar posibilidad de evitarla por vía del voto mayoritario o imponiendo una resolución parcial de quien pretende la disolución.

Concluyendo la exégesis del art. 25 de la LGS, consideramos que este constituye una norma dispositiva que tiende a llenar el vacío que hubie-

sen dejado los socios en su contrato. Dicho de otro modo, y en función del juego armónico de la ley especial (LGS) y la ley general (Cód. Civ. y Com.), concluimos que, en materia de sociedades alternativas, prevalece la voluntad de los socios —si se pacta expresamente— por sobre la disposición del art. 25 LGS y también por sobre la disposición general tanto de los arts. 94 de la LGS como 163 del Cód. Civ. y Com. Para los demás tipos sociales la situación es distinta en función del tipo de que se trate. ◆

# LA SOCIEDAD INMOVILIZADA POR SUS PROPIOS SOCIOS Y EL NOVEDOSO ANTÍDOTO DEL ART. 161, CÓD. CIV. Y COM.

POR MIGUEL EDUARDO RUBÍN

## I. El bloqueo de los órganos (1) societarios

Dos hermanos, dos esposos, dos amigos o dos colegas de profesión constituyen una sociedad para un emprendimiento común. Como muestra

---

(1) He de utilizar la palabra *órgano* como una licencia retórica, dada su amplia difusión entre nosotros, pero no porque adscriba a la *teoría del órgano*.

Vale recordar que dicha teoría, en el derecho societario, se generó para superar las estrecheces que traía aparejada la caracterización del administrador societario como mandatario. Para ello se trazó un paralelismo con los seres vivos: así como las personas físicas actúan a través de sus órganos, las personas jurídicas lo hacen a través de los suyos.

Ese enfoque, en el segundo cuarto del siglo XX, se cruzó con las ideas institucionalistas de las que se valieron el nazismo y el fascismo. Se entendió entonces que todo emprendimiento humano estaba al servicio de interés del Estado. De hecho, el art. 70 de la ley alemana de sociedades de 1937 es considerado el acta de nacimiento del institucionalismo en materia de sociedades anónimas, ubicaba en el frontispicio de los valores a custodiar al “bien público y al del Reich” (MEY, Luis B., “Ley alemana de sociedades por acciones y sociedades en comandita por acciones del 30 de enero de 1937”, tesis doctoral, [http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-0268\\_MeyLB.pdf](http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tesis/1501-0268_MeyLB.pdf)).

Sin embargo, como la doctrina organicista, para el derecho societario, tenía la ventaja de ser una especie de comodín conceptual, se la reinterpretó, tratando de extirparle aquel componente ideológico. Entre nosotros ese trabajo le cupo a Gervasio COLOMBRES, quien, en 1964, siguiendo a los autores italianos de la posguerra, publicó *La teoría del órgano en la sociedad anónima*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Es indudable que los redactores del proyecto que en 1972 terminó transformándose en nuestra Ley de Sociedades Comerciales formaban parte de esa pléyade autoral. Así se comprueba, por ejemplo, revisando algunos de sus estudios (FARGOSI, Horacio P., “El vínculo director-sociedad anónima”, LL 2001-A-883; HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, 2ª ed. actual. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 212).

Ello explica que, como se ha hecho notar, el vocablo **órgano** haya aparecido muchas veces en la ley 19.550 (ALTERINI, Ignacio E., “Órgano de ejecución de la voluntad societaria. Exorbitancia del objeto social”, LL 2012-E-993, LL Online: AR/DOC/4521/2012).

Pero, como tantas veces ocurre con las teorías que comienzan por una negación, el organicismo sirvió para destronar una idea anterior (lo del administrador como mandatario),

de recíproca confianza, cada par de socios decide que cada uno de los integrantes será titular del 50% del capital social y que todas las decisiones se adoptarán de común acuerdo (2).

*Mutatis mutandi* el esquema es similar cuando, en lugar de dos socios, son dos grupos de socios que se reservan para sí sendas mitades de los votos (3).

Esa clase de sociedades, que en sus comienzos son la expresión más noble de la *affectio societatis* (4), en no pocas ocasiones se transforman en una fuente de conflictos de muy difícil resolución (5).

El síntoma más común de esas crisis es la paralización de los órganos sociales.

Asumiendo el riesgo que importa simplificar, podemos decir que, en esta materia, hay tres tipos de casos en los cuales se da esa especie de hemiplejías societarias: a) Los supuestos en los cuales se llega a la inactividad de la compañía por decisión de los socios, situación que no debiera dar paso a complicaciones mayores (6); b) Aquellos en los cuales la sociedad

---

pero no para conformar una plataforma conceptual válida de reemplazo. No por nada esta escuela recibió las justas críticas de varios autores. Así, NISSEN, Ricardo A., *Curso de derecho societario*, 2ª ed. actual. y ampl., Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 214; del mismo autor *Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Astrea, Buenos Aires, 2010, t. 3, p. 78; DUPRAT, Diego A., “La teoría del órgano y la particular naturaleza de la vinculación del administrador con la sociedad”, RDC 2007-222-123; DUPRAT, Diego A. J., en DUPRAT, Diego A. (dir.), *Tratado de los conflictos societarios*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 20.

(2) Al respecto: FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (p) - FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Los riesgos legales propios de toda empresa familiar”, DSE, nro. 320, t. XXVI, julio de 2014; de los mismos autores, “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, L.L. 2012-B-837.

(3) CEBRIÁ, Luis H., “El conflicto entre socios en situaciones de igualdad en las sociedades de capital”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nro. 56, diciembre de 2011, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/conflicto-socios-situaciones-igualdad-379522102>.

(4) En términos generales puede decirse que la *affectio societatis* involucra a la fidelidad y la buena fe que los socios se deben recíprocamente (CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, “La empresa en el ámbito de la responsabilidad civil”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, nros. 33/34, julio-diciembre/2004, IJ-LII-133).

(5) La Jurisprudencia transitó un verdadero laberinto en este tipo de casos. Así CNCom., sala A, 14/6/2007, “Martínez Solís, Carlos c. Ocellito, Gustavo”; JNCom. Nro. 11, 1/6/1995, “López Rey, Carlos c. Fiviar SRL”, firme, ED del 17/12/1997, fº 48366, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom., <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00006/00058775.Pdf>.

(6) Sin embargo, la Inspección General de Justicia, ante la inactividad prolongada

queda paralizada por la fatalidad. Así ocurre, por ejemplo, cuando uno de los socios fallece o se torna incapaz, temporaria o definitivamente (7); c) Las hipótesis en las cuales la inmovilización es el resultado de una política deliberada de uno o más socios para presionar al otro (o a otros) en busca de una ventaja ilegítima.

Desde luego, en el último grupo de casos la conflictividad suele ser más áspera. Allí, más que en ninguna otra hipótesis, sobrevuela el fantasma de la disolución de la sociedad (8), con la consabida pérdida económica (9).

---

de una sociedad, la demandó judicialmente requiriendo su disolución y el nombramiento de un liquidador. El tribunal de alzada hizo lugar al reclamo por entender que un ente societario que ha perdurado en el tiempo sin concretar el objeto social evidencia la pérdida de la *affectio societatis*, hecho que encuadra en el art. 94, inc. 4° ley 19.550 (CNCom., sala A, 27/11/2007, "Inspección General de Justicia c. Central Norte SA", expediente. 40.095, reg. 6478/2004).

En el mismo sentido, se pronunció el tribunal, entre muchos otros casos, en: CN-Com., sala C, 29/11/2012, "Inspección General de Justicia c. Petrolera Podegar SA", ED Digital (69674).

Decisiones como esas han provocado controversias en la doctrina, ya que, además de lo discutible del razonamiento sumariado, no menos polémico resulta sostener que el Registro Público de Comercio ostenta legitimación activa para demandar la disolución de una sociedad privada. Véase al efecto: GAGLIARDO, Mariano, *Cuestiones societarias*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005; ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales*, La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 422; BALBÍN, Sebastián, "La ausencia de *affectio societatis* como causal de disolución comentario a Inspección General de Justicia, M. y A.P.L.R.D.C. S.A. (Resolución N° 582/2011)", *Revista Argentina de Derecho Societario*, IJ-LXVII-499.

(7) En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato (art. 90, LGS), aunque en las sociedades colectivas y en comandita simple es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos (misma norma).

En el particular caso de la sociedad en comandita simple, ante la quiebra, concurso, muerte, incapacidad o inhabilitación de todos los socios comanditados, puede el socio comanditario realizar los actos urgentes que requiera la gestión de los negocios sociales mientras se regulariza la situación creada, para lo cual hay un plazo de tres meses (art. 140, LGS). La misma regla se aplica en la sociedad de capital e industria (art. 145, LGS).

Tanto en las SRL (art. 153, LGS) como respecto de las SA (art. 214, LGS), si bien son lícitos los pactos de preferencia, como por defecto rige el principio de libertad de transmisión de las participaciones sociales, en general los derechohabientes asumen el lugar del socio fallecido o incapacitado.

Al respecto: ESCUTI (h), Ignacio A., *Receso, exclusión y muerte del socio*, Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 86.

(8) CAPDEVILA, Gustavo - SANTI, Bruno O., "La SRL de dos socios con participación cada uno en el 50% del capital social, desde su origen está comprendida en causal de disolución", ponencia presentada en el Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Lomas de Zamora, mayo/2004, libro de ponencias, p. 71.

(9) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) - SPAGNOLO, Lucía, "Reglas de prevención y acciones legales para la solución de conflictos en sociedades al cincuenta por cien-

Es que, así como pueden darse abusos de la minoría o de la mayoría, también existe lo que se ha dado en denominar el *abuso de la paridad* (10).

\*\*\*

Hay situaciones de desacuerdos momentáneos entre los socios; y hay otras en las cuales, por la cerrada resistencia de una o de las dos partes, durante un tiempo prolongado es imposible adoptar las decisiones necesarias o convenientes para que la empresa común avance (11).

Ello puede conducir a la paralización total de la actividad, tanto productiva como administrativa de la compañía (12).

Sin embargo, por lo general, los episodios de paralización temporal de los órganos societarios por desacuerdos internos son el prolegómeno de una batalla más profunda entre los socios.

Esos conflictos, cuando los socios no tienen la sabiduría de encontrar la salida, muchas veces terminan en los tribunales. Mas las soluciones que aporta el sistema judicial para resolver el drama de la paralización social por bloqueo (intervención judicial (13), la disolución, etc.) rara vez contribuyen a la conservación de la empresa y a desalentar o reprimir apropiadamente los abusos de uno de los socios (14).

---

to”, ponencia presentada ante el XIII° Congreso Argentino de Derecho Societario, Mendoza, septiembre/2016.

(10) Que es una de las formas del *abuso del socio* (HENA O BELTRÁN, Lina F., “El abuso de la posición jurídica del socio”, *E-Mercatoria*, vol. 13, nro. 2, julio-diciembre/2014, p. 9).

(11) FRADEJAS RUEDA, Olga M., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, *Documentos de trabajo del Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nro. 2012/50, marzo/2012, [http://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas\\_Olga.pdf](http://eprints.ucm.es/14689/1/Fradejas_Olga.pdf).

(12) COBO BERBERANA, Clara - RODRÍGUEZ DE LA RÚA PUIG, Carmina, “La sociedad inoperante”, <http://www.agesfi.es/files/La-sociedad-inoperante.pdf>; MARTÍNEZ IRIARTE, Cleto, “Las SRL ‘cerradas’ y el conflicto entre los socios. El problema de la toma de decisiones”, ponencia presentada en el X° Congreso de Derecho Societario y VI° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, año 2007.

(13) En un caso en el cual la escena conformada por dos grupos de socios enfrentados tenía, como telón de fondo, un alto nivel de endeudamiento, el tribunal designó a un interventor veedor para fiscalizar el curso de los negocios (CNCom., sala E, 14/3/2012, “Malvica, Graciela M. y otro c. Prinmar SA y otros”, MJJ72256). Usualmente esa clase de medidas no ayudan a resolver el conflicto sino a profundizarlo.

(14) GALIMBERTI, María Blanca - DE SAN MARTÍN, María Inés - NISSEN, Ricardo A., “Necesidad de encontrar soluciones que favorezcan la continuación del giro empresario para el caso de empate en el resultado de la votación de acuerdos asamblearios”, ponencia presentada ante el II° Encuentro Argentino-Uruguayo de Institutos de Derecho Comercial,

## II. Las cuatro alternativas de hierro: te compro, te vendo, le vendemos a un tercero o esto se liquida

Comencemos por las situaciones más graves. Dado que en estos casos muchas veces pesan las cuestiones afectivas (sociedad entre familiares, esposos o amigos) se las ha caracterizado como de *divorcio comercial* (*business divorce cases*) (15).

Pero puesto que, desde el punto de vista material, la disputa se reduce a un problema de dinero, la experiencia demuestra que solo hay cuatro opciones para salir del atolladero: a) un socio le vende al otro su parte; b) ese socio le compra al otro lo suyo; c) los dos le venden la compañía a un tercero, o c) todo termina en el apocalipsis de la liquidación, posiblemente en la quiebra (16).

Sin embargo, como veremos a continuación, en estos breves rara vez prima la razón, motivo por el cual, con inusitada frecuencia, la pelea continúa en los tribunales, donde -insisto- el sistema es muy poco lo que puede hacer.

## III. Las soluciones del derecho comparado

En los EE.UU., los conflictos en el seno de estas sociedades denominadas “50-50” (17) son muy frecuentes (18). De allí que en los últimos cincuenta años se ha generado una nutrida cantidad de casos (19).

---

mayo/1997, Colonia, Uruguay; FAVIER DUBOIS (p), Eduardo M. - FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Las sociedades al cincuenta por ciento: empate, paralización y liquidación. Instrumentos y acciones legales de prevención o superación”, DSE, nro. 306, t. XXV, mayo/2013, p. 451.

(15) MAHLER, Peter, “Top ten business divorce cases of 2014”, <http://www.nybusinessdivorce.com/category/dissenting-shareholder-apprais/>.

(16) MARTÍNEZ LIZÁN, Carlos, “Cómo evitar y remediar las situaciones de bloqueo societarias”, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/como-evitar-y-remediar-las-situaciones-de-bloqueo-societarias#>.

(17) En los EE.UU. afloran las mismas dificultades que aparecen en el mundo entero. En el caso “Fazio Realty Corp”, el tribunal, a pesar de reconocer que se había dado un considerable y creciente conflicto entre los socios, rechazó la petición de disolución de la sociedad pues consideró que dicha disputa no era terminal (MAHLER, Peter, “Shareholder wars: internal disputes in close corporations do not always lead to judicial dissolution”, *New York State Bar Association Journal*, vol. 76, nro. 8, año 2004, p. 28, [https://www.researchgate.net/publication/265754124\\_Shareholder\\_Wars\\_Internal\\_Disputes\\_In\\_Close\\_Corporations\\_Do\\_Not\\_Always\\_Lead\\_to\\_Judicial\\_Dissolution](https://www.researchgate.net/publication/265754124_Shareholder_Wars_Internal_Disputes_In_Close_Corporations_Do_Not_Always_Lead_to_Judicial_Dissolution)).

(18) MILLER, Elizabeth S., “Recent cases involving limited liability companies and limited liability partnerships”, <http://apps.americanbar.org/buslaw/newsletter/0084/materials/pp3.pdf>.

(19) En la década del 60: Suprema Corte de Illinois, 24/11/1964, “Emma Galler v.

En la mayoría de las jurisdicciones los litigios son encuadrados en las normas estatales sobre disolución de sociedades (20), aunque casi siempre se termina acudiendo a las soluciones de equidad (21) que invariablemente pasan por las alternativas que acabo de enlistar.

\*\*\*

En España (22), hermanada en esta materia con el derecho italiano (23)

---

Isadore A. Galler”, 32 Ill. 2d 16, nro. 38475, <http://law.justia.com/cases/illinois/supreme-court/1965/38475-5.html>. Recientemente: Suprema Corte de Delaware, 13/2/2017, “Philip R. Shawe and Shirley Shawe v. Elizabeth Elting”, nro. 423, 2016, <http://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1777522.html>.

(20) Como los *Connecticut General Statutes* (Title 33, Chapter 601, Part XIV), <http://www.connecticutbusinesslitigation.com/tag/shareholder-rights>.

(21) El Estatuto de Alaska 10.06.663 dispone que, en casos críticos, un socio puede solicitar al tribunal que, entre otras cosas, nombre a uno o más directores para que se ocupen de liquidar la sociedad. En el caso “Joann Holmes and Mitch Gregoroff v. Kane Wolf, Carole Pagano, and Frank Grant”, que llegó a la Corte Suprema estatal, se discutió el alcance del mencionado Estatuto (Corte Suprema de Alaska, 10/12/2010, N° S-13321, S-13341, 243 P.3d 584 [2010], <http://law.justia.com/cases/alaska/supreme-court/2010/s-13321-1.html>).

El art. 273 de la ley societaria del Estado de Delaware establece que, cuando en una sociedad 50/50 las decisiones sociales están en punto muerto, cualquiera de los socios (a menos que se hubiera pactado lo contrario) puede demandar la disolución de la compañía y, como método para lograrla rápidamente, el tribunal puede disponer de los activos de la empresa de acuerdo con un plan que convengan tales socios o, en su defecto, por otra forma que el mismo tribunal disponga. Algo similar estatuye el art. 303(a) para casos de quiebra.

En el mencionado caso “Philip R. Shawe, Shirley Shawe v. Elizabeth Elting” la Corte, sobre la base de esa normativa, aunque mediaba oposición de uno de los socios, designó a un tercero para que se ocupe de la venta de los activos (Corte Suprema de Delaware, 13/2/2017, <http://caselaw.findlaw.com/de-supreme-court/1777522.html>).

(22) Al respecto: BATALLER, Juan, en AA.VV., *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2009, p. 26; FRADEJAS RUEDA, Olga M., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit.

(23) El art. 189.2 del Código de Comercio italiano de 1882 no contemplaba expresamente a la paralización de los órganos como causa de disolución de la sociedad anónima. Solo contaba con la causal de imposibilidad de conseguir el fin social. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia veían al bloqueo de los órganos como encuadrado en la referida norma. Posteriormente, el art. 2448.3 del Código Civil de 1942 acogió como motivo específico de disolución de la sociedad anónima “la imposibilidad de funcionamiento o la continua inactividad de la junta”.

Por último, la para nada clara reforma societaria de la ley 6/2003 generó un fuerte debate sobre la disolución y liquidación de sociedades en conflicto. Al respecto: NICCOLINI, Giuseppe, “La nuova disciplina dello scioglimento, della liquidazione e dell’estinzione delle società di capitali”, *Rivista di Diritto Dell’Impresa*, 2/2003, p. 213; CAROTTI, Fabrizio, “Riforma societaria. Scioglimento e liquidazione delle società di capitali”, *Corriere Tributario*, año 2004, p. 2586; BRUNO, Ferdinando, “Scioglimento di società per azioni per

y el francés (24), el art. 363.1.d de la Ley de Sociedades de Capital establece como causa de disolución societaria “la paralización de los órganos sociales de modo que resulte imposible su funcionamiento” (25).

La jurisprudencia ha destacado (26) que esa causal es particularmente predicable respecto de las sociedades cerradas en las cuales los socios conforman dos grupos enfrentados con similar o igual porcentaje de participación o votos, lo que provoca continuos empates a la hora de las votaciones impidiendo la adopción de acuerdos (27), por ejemplo, para decidir un aumento del capital, o la emisión de obligaciones o la modificación

---

impossibilita' di funzionamento dell'assemblea”, *Corriere Giuridico*, nro. 4/2005, p. 547.

(24) El art. 1844.7.5º del viejo Código Civil francés, válido para todas las sociedades, tenía prevista como causa de disolución a “las desavenencias entre los socios que paraliquen el funcionamiento de la sociedad”. La jurisprudencia decidió que el derecho a demandar la disolución pertenece a cualquiera de los socios y que es de orden público (CENAC, Gersende, “Conflit entre associés: jusqu'à ce que le juge nous separe”, 20/6/2016, <http://www.village-justice.com/articles/Conflit-entre-associes-jusqu-que,22466.html>, comentando el fallo CA París, 31/3/2016, nro. 15/13327).

(25) T.o. Real Decreto Legislativo 1/2010 ([http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Privado/rdleg1-2010.t9.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rdleg1-2010.t9.html)).

Tanto el art. 363.1.c) de la Ley de Sociedades de Capital como el art. 104.1.e) de la ley de SRL reprodujeron literalmente el art. 260.1.3º de la ley de sociedades anónimas anterior, refiriéndose genéricamente a “los órganos sociales”, lo que ha motivado un debate sobre si la norma abarca a la paralización de cualquiera de ellos (FRADEJAS RUEDA, Olga M., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit.; PAZ-ARES, J. Cándido, “Disolución de la sociedad de responsabilidad limitada por paralización de órganos sociales”, *Anuario de Derecho Civil*, XXXV, año 1983, p. 1073; FLAQUER RIUTORT, Juan, “La paralización de la junta general de accionistas [reflexiones en torno a la STS de 12 de noviembre de 1987]”, *Revista General del Derecho*, nro. 535, año 1989, p. 1883; SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/senen-fuente-guillermo-paralizacion-335266>).

Hay que advertir que el art. 367 de la Ley de Sociedades de Capital establece la responsabilidad solidaria de los administradores de sociedades mercantiles cuando incumplan, entre otros, los siguientes deberes: 1. Convocar la Junta General en un plazo de dos meses desde la aparición de una causa legal de disolución, para que aquella adopte un acuerdo que elimine la causa, o bien, se acuerde la disolución de la compañía. Este deber también se encuentra regulado por el art. 365 de la misma ley. 2. No solicitar la disolución judicial en un plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la Junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la Junta, cuando el acuerdo haya sido contrario a la disolución, no habiéndose tomado un acuerdo que removiera la causa.

(26) Por ejemplo: sentencia del 15/5/2013 del Juzgado de lo Mercantil Nro. 2 de Bilbao, JUR 2013\220014.

(27) Precedentes similares pueden encontrarse en: MARÍN CASTÁN, Francisco,

estatutaria necesaria para adaptar a la sociedad a la evolución del tráfico mercantil (28).

Pero ¿en qué momento la inmovilidad de los órganos obstruye el funcionamiento de la sociedad? Actualmente, con la última reforma del plejo societario, no hace falta que la paralización sea definitiva e insuperable como se exigía anteriormente (29). Basta con que haya evidencias de que no se saldrá de esa situación (30). Ello se hace para preservar a la empresa con medidas sanadoras que lleguen antes de que el daño sea irreversible (31).

#### IV. La cuestión en nuestro país

En nuestro país el art. 94, inc. 4º, LGS (32), estatuye que la “imposibilidad sobreviniente de cumplir el objeto social” es causal de disolución de la sociedad.

Ello hizo conjeturar a buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia que la inactividad a que es sometida una sociedad por el acorralamiento de los socios o de los directivos también entra en dicha variante de disolución

---

*Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada*, La Ley España, Madrid, 2007, p. 718.

(28) SANZ BAYÓN, Pablo, “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, en VALENCIA SAIZ, Ángel (coord.), *Investigaciones en ciencias jurídicas: desafíos actuales del Derecho*, Universidad de Málaga, España, 2014, p. 549.

(29) SANZ BAYÓN, Pablo, “Fundamentación de la causa disolutoria por paralización de los órganos sociales en las sociedades de capital”, cit.; del mismo autor: “El derecho de separación del socio ante situaciones de bloqueo en sociedades con distribución de capital 50-50”, ponencia presentada ante el Congreso de Sociedades, Málaga, febrero/2017, <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/15706/Pablo%20Sanz%20%20Comunicaci%C3%B3n%20aceptada%20Congreso%20Sociedades%20M%C3%A1laga%20Febrero%202017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

(30) FRADEJAS RUEDA, Olga M., “Paralización de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit. La autora glosada apunta que la ley comentada no ofrece una previsión similar a la que contenía el art. 70.1.c de la Ley de Cooperativas de 1999, que exigía que la paralización o inactividad de los órganos sociales demore al menos dos años consecutivos; aunque aprecia que esa pauta temporal es excesivamente amplia.

(31) BATALLER, Juan, en AA.VV., *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, cit.

(32) La ley 26.994, que sancionó el Código Civil y Comercial y modificó nuestro régimen societario, cambió el nombre de la ley 19.550 por el de Ley General de Sociedades.

pues, obviamente, una sociedad inmóvil no puede cumplir su objeto social (33). Se trata de una cuestión de antigua data (34).

\*\*\*

Hubo un caso (35) en el cual el tribunal, valorando que durante varios años se había dado un grave conflicto entre los socios (36), lo que había llevado a la sociedad a pasar por diversas penurias (37), resolvió hacer lugar a la demanda de disolución sustentada en el art. 94, inc. 4°, LGS (38).

En ese decisorio aparece un dato que debe destacarse: a pesar de la paralización de los órganos sociales, la sociedad mantenía su actividad productiva (un campo que seguía siendo explotado) (39). Claro que, en los hechos, según trasluce la sentencia, *la empresa ya no era negocio para todos los socios, sino solo para algunos.*

\*\*\*

---

De allí que emplearé las siglas LGS para aludir a ese plexo normativo.

(33) Es el sentido que pretendió plasmar, en el art. 94, inc. 4°, el Anteproyecto de Reforma a la Ley de Sociedades preparado por la Comisión de Estudio del Régimen Legal de las Sociedades Comerciales y Delitos Societarios creada por la resolución MJDH 112/02: “la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto o la paralización de los órganos sociales que no pueda revertirse mediante intervención judicial”.

(34) FRESCHI, Carlos H., “La inactividad como causal de disolución de las sociedades comerciales”, LL 1975-C-663.

(35) CNCom., sala C, 15/5/2014, “Althabe, María M. y otro c. Efel SA y otros”, IJ-LXXII-419.

(36) La historia vino jalonada por diversas causas judiciales cruzadas, sin que ninguna de ellas sirviera para alcanzar una solución razonable a la reyerta.

(37) Entre tanto el pasivo social se había incrementado en un 700%.

(38) Cabe destacar que la sentencia aclaró que, en tales hipótesis, no tiene sentido demostrar el dolo, la culpa o la actuación irregular de las partes, pues la disolución se justificaba por la paralización de la sociedad y no por las responsabilidades que a cada socio pudiera corresponderle; responsabilidades que, dejó entrever la sentencia, debían dirimirse en otro proceso.

(39) Sin embargo, sobre el particular, el decisorio hizo referencia a otro fallo de la misma sala en el cual se destacó que “no se trata sólo de realizar la actividad programada en el objeto, sino de que esa actividad sea el medio para lograr la aludida ‘causa-fin’ del contrato –o interés de los socios expresado en esa finalidad común que han declarado al asociarse–...” (CNCom., sala C, 5/7/2012, “Mann, Armando A. y otro c. Aldeax SA s/Inc. de apelación”, con comentario de GULMINELLI, Ricardo L., en *Revista de las Sociedades y Concursos*, año 15 [2014], Buenos Aires, p. 23).

En otros precedentes (40) se entendió que la pérdida de la *affectio societatis* (41) (concepto asaz confuso (42)) era lo que operaba como causal de disolución de la sociedad.

No es esa la orientación predominante de la jurisprudencia. En general se ha resuelto que la mera pérdida de la *affectio societatis* no conduce a la disolución y liquidación del ente, pues no configura *per se* la imposibilidad de lograr el objeto social (43).

El impedimento de cumplir el objeto social, para que llegue a ser conceptualizado como causal disolutoria, debe ser absoluto, total y definitivo (44) (extremo que debe ser probado cabalmente (45)). La vocación de perdurabilidad de la sociedad y el principio de *conservación de la empresa* –se dijo– exigen que esos recaudos sean contemplados con rigor (46).

---

(40) Entre muchos: CCiv. y Com. Azul, sala 2ª, 7/9/2007, “Di Blasio, Carlos G. c. Di Blasio, Ricardo y otros s/disolución de sociedad”, causa 50.492, [www.cabb.org.ar/economia/archivos/taccari.doc](http://www.cabb.org.ar/economia/archivos/taccari.doc); CNCom., sala A, 13/6/2003, “Viti, Blanca c. Melega, Alfredo”, IJ-XXXI-555, LL 2003-F-585.

(41) Se trataba de una sociedad integrada por tres hermanos.

(42) Erróneamente se dijo entonces que “la jurisprudencia mayoritaria, con variados modos de expresarla, considera a la *affectio societatis* como elemento esencial del contrato de sociedad”. Numerosos autores han demostrado lo contrario. Así: PRUSKI, Bárbara E., *Sociedades anónimas cerradas y de familia. Disolución por pérdida de affectio societatis*, Osmar D. Buyatti, Buenos Aires, 2012, p. 113.

(43) CNCom., sala E, 26/3/2010, “Minucci, Alicia E. c. La Colonial Berazategui SA”, MJJ55462; ídem, sala B, 12/12/2016, “Boraglio, Oscar E. c. Rambla Equipos y Servicios SA”, MJJ102626. En este segundo fallo hubo un voto en disidencia de la Dra. Gómez Alonso de Díaz Cordero para quien la situación justificaba la admisión de la pretensión disolutoria.

Coincidiendo con el voto mayoritario: CNCom., sala D, 12/2/2002, “Comelli de Sidañez, Graciela c. Amilcar Comelli SA y otro”, [http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/jurisprudencia/comercial/sociedades/a.s/comelli\\_de\\_sida%C3%B1ez\\_c\\_comelli\\_s\\_sumario.pdf](http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/jurisprudencia/comercial/sociedades/a.s/comelli_de_sida%C3%B1ez_c_comelli_s_sumario.pdf); ídem, sala E, 27/12/1991, “Pagliai, Aníbal c. Fernández Lacour, César”, <http://ar.vlex.com/tags/affectio-societatis-32363>.

(44) Se ha sostenido que la causal de disolución del art. 94, inc. 4º, exige que “la imposibilidad de continuar con las actividades previstas en el objeto o la paralización de los órganos sociales (debe ser de tal magnitud) que no pueda revertirse mediante intervención judicial” (con apoyo en ZUNINO, Jorge E., *Sociedades comerciales: disolución y liquidación*, Astrea, Buenos Aires, 1987, t. II, p. 81; SASOT BETES, Miguel A. - SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción*, Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 348; ESCUTI, Ignacio, *Sociedades*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 323). Esa fue, como vimos, la orientación del Proyecto de reformas a la Ley de Sociedades de 2003.

(45) CNCom., sala C, 24/4/2014, “Radonic, M. Cristina c. Migali, José D.”, MJJ86509.

(46) CNCom., sala B, 12/12/2016, “Boraglio, Oscar E. c. Rambla Equipos y Servicios SA”, MJJ102626.

Por eso, en caso de duda, debe prevalece la subsistencia de la sociedad (art. 100, LGS) (47).

Nótese como, tratando de defender el mismo objetivo (la conservación de la empresa) la jurisprudencia argentina toma distancia de la jurisprudencia y de la doctrina española que, como vimos, prefieren que el tribunal actúe ni bien tenga ante sí las evidencias de que será arduo superar la crisis.

Desde luego, tampoco entre nosotros la disolución pone fin a los problemas de la sociedad ni los de los socios (48).

## V. Los casos de asedio transitorio

Veamos ahora lo que ocurre con las hipótesis de asedio temporario a los órganos sociales, contrariedad que se da tanto cuando la obstrucción afecta a la asamblea como cuando neutraliza al órgano de administración (49).

El derecho comparado se ocupa de este tema de diversas maneras (50), aunque siempre partiendo de la base de que la emergencia es pasajera y que, una vez superada, hay posibilidades de volver a la normalidad.

Tal vez por esa visión algo naif del problema, dichos mecanismos están lejos de ser la panacea para superar las crisis intrasocietarias. El bloqueo,

---

(47) En línea análoga: CNCom., sala D, 11/8/2015, “Bettinotti, M. Julia y otros c. Santa Julia SCA y otros”, RCCyC del 17/11/2015, p. 169, con comentario de CARLINO, Bernardo P., “La pérdida de *affectio societatis* y el Código Civil y Comercial”.

(48) FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Los conflictos en las sociedades empata-das: problemas y soluciones”, en XIIIº Seminario de Jurisprudencia, Doctrina y Estrate-gias Societarias, Mar del Plata, abril/2016.

(49) Es que, como bien se ha hecho notar, la inactividad de los administradores puede hacer imposible el funcionamiento de la sociedad (FRADEJAS RUEDA, Olga M., “Parali-zación de los órganos sociales: supuestos de hecho y consecuencias. Una revisión”, cit.).

(50) Están quienes aconsejan que los socios prevean, en la documentación socie-taria, soluciones para casos de esta clase de conflictos (LUCENO OLIVA, J. Luis - GUE-RRERO CAMACHO, Eva, “Los mecanismos contractuales para evitar las situaciones de bloqueo en las *joint ventures* o sociedades conjuntas. Un análisis de posibles cláusulas-tipo”, LL España, nro. 8610, Sección Tribuna, 22/9/2015, Ref. D-342, [http://www.junta-deandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/bo-letin67/Articulos\\_67/Luceno-Oliva\\_Guerrero-Camacho.pdf](http://www.junta-deandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/bo-letin67/Articulos_67/Luceno-Oliva_Guerrero-Camacho.pdf)). Muchos creen que todo se arregla incluyendo una cláusula compromisoria (por ejemplo: MIQUEL, Jorge, “Facu-ltades del árbitro para nombrar administradores y liquidadores de SA o SRL”, <https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2013/07/facultades.pdf>).

Mas la práctica demuestra que rara vez los estatutos sociales o los acuerdos de socios contienen preceptos de esa índole.

en la mayoría de los casos, es apenas un síntoma de una enfermedad societaria que comenzó antes, con desavenencia entre los socios no resueltas pacífica y oportunamente. Esa realidad resulta omnipresente en el estudio de estos conflictos por parte del derecho anglosajón (51).

\*\*\*

En Italia existe una acción especial para destrabar el bloqueo de la asamblea (52). Por su parte la ley brasileña, para conseguir el mismo objetivo, confía en tercero (53).

En cambio, la Corte Suprema austríaca concluyó que, en esos trances, los directores de la sociedad están facultados para decidir sobre los asuntos que normalmente son prerrogativa del órgano de decisión, siempre que las medidas que adopten objetivamente tiendan a proteger a la compañía (54).

\*\*\*

Para resolver la paralización del órgano de administración también se han ideado diversas medidas de emergencia.

En los EE.UU., en 1986, apareció el *leading case* “Revlon” (55), el que generó una doctrina que actualmente está en revisión por la jurispruden-

---

(51) VARGAS VARGAS, Manuel, *La sociedad anónima en el derecho angloamericano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1964, p. 198.

(52) “In una società per azioni partecipata in modo paritario da due gruppi di soci, in presenza di un insanabile ed irreversibile contrasto tra i medesimi soci determinante la paralisi dell’organo assembleare, l’approvazione da parte dell’assemblea di delibere relative a materie neutre e tecniche non denota un ritorno al normale funzionamento dell’organo assembleare e non osta alla necessaria dichiarazione del verificarsi della causa di scioglimento della società per impossibilità di funzionamento dell’assemblea” (Tribunal de Milán, Sección VIII, 26/6/2004, “D. e S. B. c. Epa Flex SPA”, *Corriere Giuridico*, nro. 4/2005, p. 547, con comentario de Ferdinando BRUNO, “Scioglimento di società per azioni per impossibilita’ di funzionamento dell’assemblea”, <http://docplayer.it/27621804-Giurisprudenza-societa-societa-di-capitali-corriere-giuridico-n-4-2005.html>).

(53) El art. 129 de la ley 6404 de 1976, en su §2º dispone: “No caso de empate, se o estatuto não estabelecer procedimento de arbitragem e não contiver norma diversa, a assembleia será convocada, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, para votar a deliberação; se permanecer o empate e os acionistas não concordarem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia”.

(54) KUSZNIER, Florian, “Fifty-fifty shareholder structures and deadlock situations”, <http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Company-Commercial/Austria/Schnherr-Rechtsanwalte-GmbH/Fifty-Fifty-Shareholder-Structures-and-Deadlock-Situations#1>.

(55) Corte Suprema de Delaware, “Revlon Inc. v. Mac Andrews & Forbes Holdings

cia (56). Sin embargo, tanto antes como ahora, el foco está puesto en los deberes fiduciarios de los directivos de la compañía (57), tema al que haré una breve referencia en el capítulo siguiente.

En Italia, cuando cada uno de los socios es dueño del 50% del capital social y, a la vez, ambos, son los únicos administradores, los casos de obstrucción sistemática de la gestión son juzgados conforme el art. 2272, n° 2, Cód. Civ., alternativa que usualmente conduce a la disolución de la sociedad (58).

En los procesos de esa índole, en resguardo de eventuales sentencias de condena a resarcir los daños, se pueden adoptar medidas cautelares contra los administradores. Y cuando se detectan presuntos incumplimientos graves a los deberes de diligencia del art. 2392, Cód. Civ., por parte de uno o más directivos, los tribunales pueden llegar a apartarlos cautelarmente (59).

De su lado, la legislación uruguaya, para superar el estancamiento (tanto del órgano de gestión como de la asamblea), habilita una intervención judicial como medida autosatisfactiva, esto es, sin necesidad de juicio posterior (60).

---

Inc.", 506 A.2d 173 (Del. 1986), <http://www.invispress.com/law/corporations/revlon.html>.

(56) TERRELL, J. Anthony, "Revlon in review", <https://www.pillsburylaw.com/images/content/1/0/104200.pdf>.

(57) En un caso reciente que tramitó ante la Business Court de Iowa (The Iowa District Court For Woodbury County, 13/5/2015, "Promat Technical Services, Pvt. Ltd. v. Phillips Kiln Services Ltd.") se reiteró que los accionistas dueños del 50% de la compañía (que también eran los directivos de la empresa) son recíprocamente deudores y acreedores de esos deberes fiduciarios. Puede verse un comentario al fallo en: MCKINNEY, Matthew, "Do fiduciary duties apply between equal 50/50 shareholders?", <https://corporatedispute.com/2015/08/05/do-fiduciary-duties-apply-between-equal-5050-shareholders/>.

(58) VITALE, Vincenzo, "La società con due soci", tesis doctoral, [http://www.fedoa.unina.it/8365/1/vitale\\_vincenzo\\_23.pdf](http://www.fedoa.unina.it/8365/1/vitale_vincenzo_23.pdf).

(59) En un caso el tribunal decidió que el administrador de una SRL debía ser removido conforme al art. 2476, párr. 3°, Cód. Civ., pues había obrado en violación a las reglas sobre conflicto de intereses causándole un daño a la empresa (Tribunal de Bologna, 19/1/2015, <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/11987.pdf>).

(60) El art. 184 de la ley 16.060 dice: "También es admisible (la intervención judicial) cuando por cualquier causa no actúen los órganos sociales o cuando actuando, no sea posible adoptar resoluciones válidas, afectándose el desarrollo de la actividad social". Véase al respecto: LÓPEZ, Carlos, "Intervención judicial", <http://www.derecho-comercial.edu.uy/Bol16IntJud.htm>; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), "Los conflictos en las sociedades empatadas: problemas y soluciones", en XIII° Seminario de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias, Mar del Plata, abril/2016.

Empero la Jurisprudencia ha descripto un criterio restrictivo en la concesión de

\*\*\*

Veamos lo que ocurre en nuestro país.

Lo primero que se advierte es que, cada vez que hay que dirimir conflictos en los cuales dos o más personas tienen derechos sobre una parte ideal de una misma cosa o derecho, las dificultades son más o menos las mismas.

He ahí lo que ocurre con el *condominio* (61). En casos de conflicto la ley, para preservar un valor patrimonial en peligro, autoriza a que uno de los condóminos lleve a cabo actos conservatorios, en tanto sean urgentes e ineludibles (62).

La búsqueda de alternativas razonables que eviten o disminuyan los perjuicios para una de las partes, y, a veces, para las dos, en muchas oportunidades lleva a remedios extremos. En esa línea parecen inscribirse las normas de los arts. 89 y 91, LGS, sobre exclusión de socios por justa causa, y, en particular, el art. 93, LGS, acerca de la exclusión de un socio en sociedad de dos integrantes (63).

---

esta medida (TAF 2º, Sentencia 46, 13/3/1999, "Curiel Lena, Sonia E. y Tania J. s/medidas cautelares", F. 175/1998, <http://jurisprudenciaderechocomercial.blogspot.com.ar/2016/12/inoponibilidad-de-la-personalidad.html>).

(61) En el Código Civil y Comercial este tema ahora se encuentra regulado por los arts. 1993 y siguientes. Durante décadas los tribunales debieron atender litigios referidos al condominio y, en general, optaron por soluciones de equidad. En ese sentido, en un precedente, si bien se hizo lugar a la demanda de división de condominio, tomando en cuenta que se trataba de la vivienda en la que convivían la ex cónyuge con la hija menor de las partes, se difirió la ejecución de la sentencia que mandaba a terminar con la indivisión para cuando la niña alcanzara la mayoría de edad (CNCiv., sala M, 8/5/2015, "G. A. M. c. S. G. P. s/división de condominio", MJJ92830).

En otro supuesto, que fue juzgado según el nuevo Código Civil y Comercial, se estableció que el estado de indivisión forzosa del bien duraría dos años (CNCiv., sala H, 8/6/2015, "S. I. T. c. S. B. G. s/división de condominio", MJJ93492).

(62) BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, Astrea, Buenos Aires, 2001, t. 6, p. 843.

(63) Remedio que se ha ensayado en casos de sociedades anónimas, bien que en situaciones muy particulares como son las denominadas sociedad "de componentes" (DUPRAT, Diego A., "La exclusión y separación del accionista en las sociedades anónimas cerradas", LL 2013-A-286, comentando el fallo: CNCom., sala D, 21/12/2012, "Micrómnibus Barracas de Belgrano SA c. Galván, Daniel O. y otros"). También se sugirió que la acción de exclusión de uno de los socios en una sociedad de dos socios (arts. 91, 92 y 93, LGS), podría ser la solución, incluso para una sociedad anónima si funciona en forma personalista (FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) - SPAGNOLO, Lucía, "Reglas de prevención y acciones legales para la solución de conflictos en sociedades al cincuenta por ciento", cit.).

También entre nosotros las medidas precautorias acostumbran a moverse en terreno pantanoso (64), en particular cuando se trata de la intervención judicial (65).

Pero ese cuadro legal se alteró profundamente cuando el Código Civil y Comercial, sin mayores prolegómenos, nos legó una figura ciertamente novedosa: el art. 161 que permite, entre otros, al presidente del directorio, adoptar medidas conservatorias sin necesidad de contar con la anuencia de los demás directores.

## VI. La misión del administrador societario vista desde el derecho

Quienquiera que administre bienes de terceros tiene obligaciones inherentes a esa función (66). Ello es válido, entre muchos otros casos, para los padres de hijos menores de edad, para el curador de un incapaz, para quienes tienen a su cargo el acervo hereditario, para el mandatario, para el fiduciario y, por cierto, para el administrador de una sociedad.

Lo que la ley pretende en esos supuestos es que el administrador maneje esos intereses ajenos de manera responsable. Tratándose de sociedades comerciales, el art. 59, LGS, determina que el administrador debe "... obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios" (67) y, para el común de las personas jurídicas, algo similar estatuye el art. 159, Cód. Civ. y Com. (68).

---

(64) CNCom., sala D, 7/6/2016, "Turdó, Miguel E. c. Empresa de Proyectos Management y Gerencia (EPMG) SRL s/medida precautoria", 14373/2015/CA1, [http://www.abogados.com.ar/archivos/8a2f9f\\_Turdo-Miguel-Esteban-c-Empresa-de-Proyectos-Management-y-Gerencia-EPMG-S.R.L.-s-medida-precautoria.pdf](http://www.abogados.com.ar/archivos/8a2f9f_Turdo-Miguel-Esteban-c-Empresa-de-Proyectos-Management-y-Gerencia-EPMG-S.R.L.-s-medida-precautoria.pdf).

(65) En nuestro país, sin demasiado apego por lo que establece la Ley, se ha hecho uso y abuso de la intervención judicial a las sociedades. Me dediqué a este tema en: RUBÍN, Miguel E., "La intervención judicial de sociedades comerciales y la necesidad de volver a Protágoras", ED del 5/4/2011, nro. 12.723.

(66) RUBÍN, Miguel E., "Rendición de cuentas. El resurgimiento de un instituto clásico", LL 2006-B-1228.

(67) Concepto que se trata de elucidar desde hace varias décadas. Así: GIGENA SASIA, Carlos H., "Buen hombre de negocios. Su alcance en la ley", su contribución al IIº Congreso Argentino de Derecho Societario, Mar del Plata, 1979; CURÁ, José María, "Breve historia de las desventuras de una sociedad (o del caso del director que faltó a los deberes de un buen hombre de negocios)", comentario al fallo "Estancias Procreo Vacunos S.A. c. Lenzi, Carlos y otros", LL 1996-B-194.

(68) El art. 159, Cód. Civ. y Com., eliminó la referencia al "buen hombre de negocios". Algunos creen que ello hace más amplio (CLUSELLAS, Eduardo G. y otros, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 151). Por esa razón otros critican a la norma (BOTTERI (h), José D.

En ese marco, el ordenamiento jurídico (conformado por las leyes y el Estatuto social) establece obligaciones que el administrador societario debe cumplir (69).

Pero como las normas jurídicas no pueden prever todo lo que un individuo debe hacer en el ejercicio de esa labor, le confieren cierto margen de maniobra, el que queda delimitado por las directivas legales genéricas como las ya vistas, las que quedan complementadas por ciertas penalidades para reprimir las infracciones (70).

Por ejemplo: el administrador debe saber lo que ocurre en la compañía. Para ello, entre otras cosas, ha de estar al tanto de la información contable, por lo menos, de lo más importante (71). A tal efecto la ley o los estatutos comúnmente dicen que el administrador puede revisar los libros y papeles de la compañía.

Sin embargo, no debemos confundirnos. Cuando la norma jurídica dispone que el administrador *puede* hacer algo, en realidad lo que pretende es que lo haga cuando las circunstancias buenamente lo aconsejan (72). De ninguna manera le otorga una atribución para que la lleve a cabo si le place, como si fuera el derecho que todos los individuos tenemos de transitar libremente por el territorio nacional.

---

- COSTE, Diego, su contribución al Primer Congreso Nacional de análisis y debate sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial, 24/12/2014, [http://www.pensamiento-civil.com.ar/system/files/editorial\\_juris\\_doctrina.pdf](http://www.pensamiento-civil.com.ar/system/files/editorial_juris_doctrina.pdf).

En realidad, como bien se apuntó, el mismo Código incluyó la referencia al “buen hombre de negocios” en los arts. 1483, apart. b, y 1674, Cód. Civ. y Com. (LÓPEZ MESA, Marcelo J., “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente. La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial”, ED del 18/3/2016, nro. 13.918), es decir, donde hay negocios de por medio.

(69) Labor que constantemente se vuelve más complicada (PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto J., “El administrador societario: Una profesión de riesgo. La responsabilidad del administrador tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre”, *Revista Derecho Mercantil*, 1/5/2015, [http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/administrador-societario-Ley\\_31-2014\\_11\\_826930001.html](http://www.elderecho.com/tribuna/mercantil/administrador-societario-Ley_31-2014_11_826930001.html)).

(70) ODRIOZOLA, Carlos S., “Acerca de la responsabilidad de los directores”, en *Derecho empresario actual. Homenaje al Dr. Raymundo L. Fernández*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 785.

(71) DI CHIAZZA, Iván G. - VAN THIENEN, Pablo A., “El derecho-deber de información del director societario”, LL 2006-E-1240. En la misma línea: CNCom., sala D, 23/10/2013, “Gianakis, Ricardo M. c. D´Mode SA”, MJJ84401.

(72) MARTORELL ZULUETA, Purificación, “Responsabilidad contable y tratamiento jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores de las sociedades mer

De manera que aquello que es el núcleo del trabajo del administrador no es un derecho (73). El administrador debe hacer lo que corresponda y, como adelanté, lo debe hacer lealmente, es decir, en tiempo propio y del modo adecuado (74).

Es cierto que esas enunciaciones son muy genéricas y que, por lo tanto, pueden dar lugar al subjetivismo. Pero cuando se desciende al caso concreto se ve con cierta claridad si el directivo obró o no con la debida diligencia.

\*\*\*

Como anticipé, en el derecho anglosajón a los deberes de los administradores societarios se los conceptúa como fiduciarios (75). Tal caracterización es empleada para resaltar que la responsabilidad del administrador es calificada (76). Tal vez por eso, en algunos precedentes jurisprudenciales de nuestro país, sin sustento en norma alguna, se ha afirmado lo mismo (77).

Entre nosotros, el administrador societario cuenta con un espacio para emplear su propio criterio en el manejo de la empresa sin más límites que

---

cantiles. Conexión y contraste con la responsabilidad de los administradores de fondos públicos”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, nro. 41, año 2012, p. 123.

(73) Aunque, desde luego, el administrador cuenta con derechos personales, como el derecho a la remuneración por su trabajo.

(74) Este concepto, en España, ha quedado reforzado por la reforma que la ley 31/2014 introdujo en la Ley de Sociedades de Capital (ZURITA VICIOSO, José M., “La responsabilidad de los administradores”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 10, septiembre/2015, <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacional-deDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2015-09/LA%20RESPONSABILIDAD%20DE%20LOS%20ADMINISTRADORES..pdf>).

(75) MIGUENS, Héctor J., “El deber de lealtad de los directores societarios en los Estados Unidos”, RDCO 2010-243-109; VILLOUTA LOOSLI, Bernardo J., “Los deberes fiduciarios de los directores en el Estado de Delaware”, tesis presentada ante la Univ. de Chile, [http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-villouta\\_b/pdfAmont/de-villouta\\_b.pdf](http://repositorio.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-villouta_b/pdfAmont/de-villouta_b.pdf). Un amplio estudio sobre esta temática puede verse en: CICALI, Jessica - VO, Steven - APPLEBAUM, Lee, “Commerce case management program decisions: fiduciary duty cases”, <http://www.philadelphiabar.org/WebObjects/PBAReadOnly.woa/Contents/WebServerResources/CMSResources/FiduciaryDutyCases.corrected12.20.07.PDF>.

(76) BLACK, Bernard S., “The principal fiduciary duties of boards of directors”, <http://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/1872746.pdf>.

(77) Por ejemplo: CNCom., sala D, 23/10/2013, “Gianakis, Ricardo M. c. D´Mode SA”, MJJ84401.

los del art. 59, LGS (78). En los EE.UU. se acuñó la *business judgment rule* (79) que viene a cumplir análogo servicio (80).

La idea es exactamente la misma: a mayor margen de maniobra, mayor responsabilidad (81).

\*\*\*

Hay, eso sí, un factor que complica grandemente la percepción de lo que el administrador debe hacer. Ese factor es la respuesta a esta pregunta: ¿cuál es el interés que debe defender?

La pregunta es sencilla pero la respuesta no, pues depende de la concepción que se tenga acerca de lo que es legítimo en materia de empresas privadas. Si consideramos que lo único que cuenta es el interés de los socios, entonces el administrador tendrá como objetivo central maximizar las utilidades y repartirlas entre ellos cuanto antes (82). Pero como nuestro sistema reconoce (y trata de proteger) otros valores que están por encima del interés singular de los socios, entonces el administrador debe

---

(78) SCHNEIDER, Lorena R., "La maximización del valor accionario y el gobierno corporativo", ponencia presentada ante el XII° Congreso Argentino de Derecho Societario y VIII° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Buenos Aires, año 2013, <http://www.blascoschneider.com.ar/publicaciones/6.pdf>.

(79) La *business judgment rule*, que fue elaborada por la jurisprudencia norteamericana (especialmente en el Estado de Delaware) establece, como principio, un ámbito de discrecionalidad de los directores de la sociedad, el que no puede ser vulnerado por el tribunal. Solo cuando los administradores adoptan decisiones de negocio que menoscaban sus deberes fiduciarios (sin importar si son acertadas o no) los jueces pueden corregir sus comportamientos (PAREDES GALEGO, Carlos, "Reflexiones sobre la anunciada nueva normativa de OPAS", en *Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, Actualidad Jurídica, número extraordinario, año 2006, p. 143, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1630/documento/art10.pdf?id=2156>).

Esas directivas parecen haber inspirado el proyecto de reformas al régimen societario colombiano de 2015 (MENDOZA, José M., "Reforma al régimen de los administradores sociales", <http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/memorias%20random/TEXTO%20DEF%20PROYECTO%20REG.%20SOCIETARIO.pdf>).

(80) SUESCÚN DE ROA, Felipe, "The *business judgment rule* en los Estados Unidos: una regla con dimensión procesal y fuerza sustantiva", *Vniversitas*, nro. 127, julio-diciembre/2013, p. 341, <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/viewFile/8404/6817>.

(81) ABDALA, Martín E., "La responsabilidad de los administradores societarios en los casos de actuación plural en el Derecho argentino", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 16, nro. 2, julio-diciembre/2014, p. 243.

(82) VERLY, Hernán, "¿Interés social: interés mayoritario?", JA 1995-I-846; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Algunas cuestiones en relación al dividendo societario", ED 205-864.

apuntar a ese norte (que se ha dado en llamar *interés social*), aunque, para ello, deba postergar, por ejemplo, el reparto de los dividendos (83).

Para más, esto no hay que verlo como alternativas excluyentes (84), ya que en el terreno de los hechos, puede ocurrir que algo que parece bueno para la sociedad y no tan bueno para los socios (por ejemplo: capitalizar utilidades) en el mediano o largo plazo puede redundar en beneficio para estos últimos (85).

Una parte sustancial del siglo XX, en casi todo el mundo capitalista, discutió qué es lo que había que hacer al respecto (86) y, en realidad, ese debate no está concluido en este siglo XXI, pues ahora se han agregado intereses comunitarios que también habría que custodiar (87).

Llamativamente nuestra ley de sociedades en ninguno de sus preceptos habla del *interés social* (88). Todo lo que tenemos, en el art. 54, LGS (89),

---

(83) DI CHIAZZA, Iván G. - VAN THIENEN, Pablo A., “Reservas vs. Dividendos. ¿Cuál es el *test* de razonabilidad? (Análisis de los artículos 66.3 y 70 de la LGS. Nota al fallo ‘El Alcázar’); <http://cedeflaw.org/pdfs/2017223155525-85.pdf>.

(84) ALFARO BORGES, Jenifer - POZIOMEK, Rosa, “Luces y sombras en la resolución del conflicto de intereses entre el socio y la sociedad”, ponencia presentada en el XI° Congreso Argentino de Derecho Societario y VI° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

(85) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”, *Revista de Derecho Mercantil*, nro. 246, p. 1653, [http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s\\_social.pdf](http://eprints.ucm.es/5996/1/Inter%C3%A9s_social.pdf).

(86) MORGESTEIN SÁNCHEZ, Wilson I., “El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano”, *e-Mercatoria*, vol. 10, nro. 2, julio-diciembre/2011, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/viewFile/3046/2695>.

(87) BERNABÉ ARELLANO, Ramón, “El primer objetivo de un buen gobierno corporativo debe ser la responsabilidad social empresarial”, MJD5909.

(88) NAZAR, Nadina, “La Ley de Sociedades Comerciales y el interés social”, *Revista Argentina de Derecho Societario*, 20/9/2012, IJ-LXVI-95.

Es más, ninguna norma de nuestro ordenamiento societario obliga explícitamente al socio a actuar en interés de la sociedad, posponiendo su propio interés (CORRAL, Gustavo V., “El conflicto de intereses en la sociedad”, LL 1997-B-370; DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “El obrar antijurídico y la responsabilidad personal de administradores y socios de sociedades comerciales”, *Responsabilidad Civil y Seguros*, nro. 12, p. 3). Además, en muchas circunstancias, es lícito que un socio haga prevalecer su propio interés, por ejemplo, cuando vota en la asamblea societaria para ser elegido él mismo como administrador.

(89) Esta norma, al ser exportada al Código Civil y Comercial en el art. 144, en lugar de “fines extrasocietarios” alude a los “fines ajenos a la persona jurídica”, lo que constituye todo un enigma. Véase al respecto: MARTORELL, Ernesto E., “La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad”, LL del 26/11/2014, LL Online: AR/DOC/3706/2014.

es una vaga referencia a “la consecución de fines extrasocietarios” (90) que, en apariencia, es la contracara del referido *interés social*, y el decreto 677/2001 sobre régimen de transparencia en la oferta pública que identifica al *interés social* con el interés común a todos los accionistas (91).

¿Cómo resolver el conflicto en el mientras tanto? Un efugio para sortear esas tesis tan opuestas nos lo ofrecen las infaltables posturas eclécticas.

Es así como se ha sostenido que el interés individual del socio se debe compaginar con el interés social (92); idea que, en algunos fallos, suscribe nuestra jurisprudencia (93).

Tomando a ese prolegómeno como provisoriamente válido, podemos sumergirnos en aguas más profundas.

\*\*\*

El administrador, ¿está obligado a asistir a las reuniones del órgano de administración? La ley nada dice (94), lo que es bastante extraño, pues sí lo obliga a asistir con voz a todas las asambleas (art. 240, LGS). Además, el art. 294, inc. 3º, LGS, manda al síndico a estar presente en las reuniones del directorio, por lo que sería absurdo que el síndico esté obligado a asistir y el director no.

---

(90) A develar qué quiere decir la ley con esto de los *finés extrasocietarios* me dediqué en: RUBÍN, Miguel E., “Cuarenta y tres preguntas (y muy pocas respuestas) sobre la denominada ‘desestimación de la personalidad jurídica’ y su incorporación al Código Civil y Comercial”, ED 263-665.

(91) ROVIRA, Alfredo L., “El interés social: un concepto cambiante en la sociedad abierta que afecta el deber de lealtad de los administradores”, su contribución al VIIIº Congreso Argentino de Derecho Societario, Rosario, 2001, libro de ponencias, Univ. Nac. de Rosario, t. III, p. 643; SALVOCHEA, Ramiro, *Mercados y buen gobierno corporativo. La Revolución del Corporate Governance*, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 447.

(92) URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio - MUÑOZ PLANAS, José, *La junta general de accionistas. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, Civitas, Madrid, 2008, p. 166.

(93) Por ejemplo: CNCom., sala B, 5/2/2004, “Errecart, Susana L. c. La Gran Largada SA y otros”, ED 210-451.

(94) En cambio, el art. 529 quater, inc. 1º, de la Ley española de Sociedades de Capital (t.o. Real Decreto Legislativo 1/2010, modificada por la ley 31/2014) establece que los consejeros de las sociedades anónimas cotizadas “deben asistir personalmente a las sesiones que se celebren”. En Chile, sobre la base de lo dispuesto por el art. 32 de la ley 18.046 de sociedades anónimas se sostiene que hasta el director suplente está obligado a presentarse en las reuniones de directorio (HERRERA, Luis O., “Directores suplentes de sociedad anónima”, *Revista Corporativo*, nro. 26, abril/2011, [http://www.cariola.cl/content/binary/219/corporativo\\_-\\_abril\\_2011.pdf](http://www.cariola.cl/content/binary/219/corporativo_-_abril_2011.pdf)).

No obstante, la jurisprudencia y la doctrina consideran a la concurrencia a la reunión de directorio como una obligación implícita del director (95); y, en cierto modo, el art. 266, LGS, parece darle la razón (96).

\*\*\*

Ahora bien, el director, ¿está obligado a votar?

Es obvio que el director puede llevar al directorio una propuesta suya o aprobar o rechazar una moción de otro director o, incluso, abstenerse de votar.

Pero ¿cuándo debe asumir cada uno de esos comportamientos?

La ley lo único que dice al respecto es que, en las asambleas (y, podría suponerse, en el ámbito del directorio) no puede votar (97) en las situaciones previstas por los arts. 241, 248 y 272, LGS (98). Por lo tanto, todo lo demás es espacio para la discreción.

Empero, una vez más, como el administrador no ejerce el voto en interés propio, debe dirigirlo a prestar el mejor servicio posible a la sociedad (99). Así se infiere de lo previsto, entre otros, por los arts. 272, 273 y concordantes, LGS.

## VII. El límite del abuso del derecho

¿Cómo reprimir los excesos? Puesto que esa atribución de votar (o de abstenerse) del administrador puede ser ejercida abusivamente (100), el

(95) CNCom., sala A, 14/5/2009, "Compañía Financiera del Plata SA s/quiebra c. Carlino, Reynaldo F. y otro", MJJ50236; SASOT BETES, Miguel A. - SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción*, cit., p. 381.

(96) MUSITANI, Alfredo, "Responsabilidad civil de los directores de sociedades anónimas: ¿obligación de medios o de resultado?", ponencia presentada en el XIº Congreso Argentino de Derecho Societario y VIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

(97) Se entiende que, en estos casos, el director también es accionista.

(98) Algo semejante ocurre en el derecho español: SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, "El deber de abstención del administrador en conflicto de intereses con la sociedad (art. 229.1 LSC)", *Revista de Derecho de Sociedades*, nro. 41, año 2013, p. 175.

(99) ROVIRA, Alfredo L., "Responsabilidad del directorio por la gestión empresarial", LL 2005-E-1127; DÍAZ MORENO, Alberto, "La Ley de Reforma de la LSC. Deber de lealtad y conflictos de intereses (observaciones al hilo del régimen de las operaciones vinculadas)", <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1d4066b5-8fa1-40bbe47-b1c33417fea2>.

(100) El art. 324 de la Ley de Sociedades Comerciales uruguayas (16.060) contempla expresamente el "abuso del derecho al voto" (CREIMER, Israel, "El abuso del derecho

antídoto hay que buscarlo en lo estatuido por los arts. 10 y concordantes, Cód. Civ. y Com.

\*\*\*

Ahora el Código Civil y Comercial, en el art. 10, 3er párrafo, prevé que, en caso de abuso del derecho, “el juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización”.

La norma, desde luego, es totalmente aplicable en el derecho societario (101).

\*\*\*

Lo de “evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva” (102) se inscribe en lo que el nuevo Código Civil y Comercial denomina “acción preventiva” (103), que aparece regulada a partir del art.

---

al voto”, ponencia presentada ante el VIº Congreso Argentino de Derecho Societario y IIº Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mar del Plata, año 1995) y en Colombia hay un procedimiento específico ante la Superintendencia de Sociedades para conseguir medidas cautelares en situaciones de abuso del derecho de voto (<http://www.supersociedades.gov.co/procedimientos-mercantiles/la-delegatura/jurisdccion-societaria/jurisprudencia/Paginas/Abuso-del-derecho-de-voto.aspx>).

(101) RICHARD, E. Hugo, “Código Civil y Comercial, ‘crisis’ de sociedades y ruptura de la buena fe”, MJD7565.

(102) El *ejercicio abusivo* (noción que ya estaba en el art. 1071, Cód. Civ.) no es definido por el Código. En cambio, el concepto de *situación jurídica abusiva* aparece descrito, en términos nada claros, para los *contratos de consumo*, en el art. 1120, Cód. Civ. y Com. Además, no se sabe qué diferencia al *ejercicio abusivo de un derecho de la situación jurídica abusiva*, menciones que, contrariando a la declarada finalidad de los fundamentos de hacer que la ley pueda ser entendida por los legos, parecen haber sido incluidas para rendirse a la tentación de recordar algunas ideas desarrolladas en el ámbito académico (LORENZETTI, Ricardo L. - PEDROTTI, Daniel F., “Nuevas fronteras del abuso de derecho: situaciones jurídicas lesivas de libertades, tutela de mercado y amparo”, *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, nro. 1994-80, p. 113).

(103) Entre otros: CAMPOBASSI, Gustavo, “La acción preventiva incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el principio precautorio del Derecho Ambiental”, <http://concurisal.abogados.com.ar>; LAMANNA GUIÑAZÚ, Emiliano C., “Deber de prevención del daño. Acción preventiva. Causalidad”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, El Derecho, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/deberprevenciondanoaccionpreventiva.pdf>; MARINONI, Luiz, “Tutela inhibitoria: la tutela de prevención del ilícito”, ED 186-1130.

1710 (104), y que también se entiende aplicable en el ámbito societario (105).

Sin embargo, aunque el art. 10, Cód. Civ. y Com., ubique al juez como protagonista de la misión de evitar el daño, es dudoso (por lo menos, desde el ángulo práctico) que vaya a actuar enteramente de oficio (106). Al parecer cumplirá esa labor cuando, como lo expresa el art. 1711, Cód. Civ. y Com., se incoe una acción preventiva, para lo cual el régimen concede legitimación a quienquiera que acredite “un interés razonable...” (art. 1712, Cód. Civ. y Com.).

\*\*\*

Las demás alternativas que ofrece el art. 10, Cód. Civ. y Com., se inscriben en el marco de lo *ex post*: “procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización” –se entiende– para reparar los daños ocasionados por el obrar abusivo (107).

---

En materia societaria: CUERVO, Rodrigo, “La acción preventiva: ¿una solución definitiva al conflicto societario?”, *www.psi.unc.edu.ar › acaderc*.

(104) En un fallo reciente (CNCom., sala F, 17/5/2016, “Sacconi, Estefanía y otro c. Círculo de Inversores SA de Ahorro s/determinados s/Inc. art. 250”, MJJ103237), resumiendo buena parte de lo que se había escrito hasta entonces sobre el particular (BESTANI, Adriana, “Comentario al art. 1711”, en GARRIDO CORDOBERA, Lida M. R. - BORDA, Alejandro - ALFERILLO, Pascual E., *Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 2016; de la misma autora: “Acción preventiva y omisión precautoria en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2016-III-26, LL Online AR/DOC/3881/2015; MEROL, Andrea A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 1026, LL Online AR/DOC/956/2016; PEYRANO, Jorge W., “Procesos individuales de consumo: la acción preventiva en general y en el terreno consumeril”, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A., *Tratado de derecho del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, p. 162; ARAZI, Roland, “Tutela inhibitoria”, RDP 2008-2-92) se dijo que consagra el deber de: “a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido. Las ‘acciones preventivas’ –en rigor, ‘pretensiones preventivas’– de los arts. 1711 a 1713 *cód. cit.* llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese”.

(105) VIRGILI SAN MILLÁN, Sebastián, “La tutela preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación y su influencia en control y responsabilidad del órgano de administración de las sociedades”, *Revista Argentina de Derecho Societario*, nro. 15, diciembre/2016, IJ-CCLI-948.

(106) El art. 1713, Cód. Civ. y Com., establece que la sentencia que admita la acción preventiva debe disponer ciertas medidas “a pedido de parte o *de oficio*”. Empero, es obvio que ello no ocurrirá en los hechos si, antes, no llega al tribunal una acción judicial, cautelar o de fondo, que le sirva de antecedente.

(107) CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio A., “El abuso de derecho y su inclusión en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado”, MJJ6175.

Lo de la *reposición al estado anterior* (como ahora lo estatuye el art. 390, Cód. Civ. y Com.) es el efecto propio de la *nulidad* (108); de tal modo que, sin decirlo expresamente, el art. 10, Cód. Civ. y Com., nos aclara que la sentencia que reconoce la existencia de *abuso del derecho* debe sancionar lo mal hecho con la *nulidad*.

Es, en realidad, lo que ocurría antes de la reforma en todo el derecho privado (109), y es también el efecto natural que tiene la sentencia que reconoce la existencia de *abuso del derecho* en materia societaria (110).

\*\*\*

En este punto nos enfrentamos a otro problema: si las infracciones de los directores a la hora de votar en el directorio pueden dar lugar a una acción de nulidad de su voto, o de la resolución del órgano, o a una acción de indemnización de daños, o a una combinación de dos o tres de tales alternativas litigiosas (111).

---

(108) LLUIS Y NAVAS, Jaime, "El abuso de derecho según la doctrina y la jurisprudencia", [www.acaderc.org.ar/](http://www.acaderc.org.ar/).

(109) ¿Es necesario que el acto ocasione un perjuicio material para que un juez lo pueda considerar *nulo*? En su defecto, ¿se puede disponer una nulidad por la nulidad misma, es decir, sin sentido práctico?

La reforma, en el capítulo 9 referido a la "Ineficacia de los actos jurídicos", nada aclaró sobre el particular y, tal vez, está bien que así lo hubiera hecho. Hay situaciones en las cuales la nulidad debe ser declarada, aunque no medie ningún daño patrimonial. Tal lo que ocurre con la sociedad de objeto ilícito.

Pero cuando descendemos al terreno de las decisiones societarias el panorama se enturbia, como puede comprobarse revisando la copiosa literatura de la materia. Por ejemplo: ROCA, Eduardo A., "Una sociedad de familia y otra, lo que es peor, extranjera", ED 199-80; MANÓVIL, Rafael M., "Dos cuestiones de interpretación sobre las prohibiciones de votar del art. 241 de la ley 19.550", 1° Congreso de Derecho Societario, año 1979, Depalma, Buenos Aires, p. 51; NISSEN, Ricardo A., "La prohibición de voto de los directores, síndicos, consejeros de vigilancia y gerentes generales establecida por el art. 241 de la ley 19.551", *Revista Notarial*, año 100, 1994, nro. 919, p. 657, y en *Ley de Sociedades Comerciales*, 2ª ed., Abaco, Buenos Aires, 1998, t. 3, nro. 517; FARGOSI, Horacio P., "Releyendo el art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales", ED 181-1266.

(110) GARCÍA, Enrique, "La invocación del abuso de derecho en los litigios en materia societaria", [http://www.elderecho.com/mercantil/invocacion-derecho-litigios-materia-societaria\\_11\\_184555010.html](http://www.elderecho.com/mercantil/invocacion-derecho-litigios-materia-societaria_11_184555010.html). En nuestra jurisprudencia: CNCom., sala D, 30/5/2008, "Gysin, Norberto y otros c. Garovaglio y Zorraquín SA s/nulidad de asamblea", "Carril, Miguel J. y otros c. Garovaglio y Zorraquín SA s/nulidad de asamblea", "Péres Moore, Claudio y otros c. Garovaglio y Zorraquín SA s/nulidad de asamblea", ED 233-76; ídem, sala E, 29/7/2009, "Gasulla, Eduardo y otro c. Altos de los Polvorines SA y otros", MJJ46916.

(111) Al respecto: VÍTOLO, Daniel R., *Manual de sociedades conforme a la nueva Ley*

En general, tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por considerar procedente a la impugnación de las decisiones del directorio (112). Asimismo, emulando la medida cautelar que el ordenamiento tiene prevista para las decisiones asamblearias, se admite la suspensión de tales resoluciones (113).

Pero Marsala (114), para las situaciones de bloqueo del órgano de administración, aprecia que debe aceptarse una acción de nulidad, no de la resolución del directorio, sino del voto que motivó el empate. De tal modo ese voto se excluiría del cómputo; y si, por esa vía, se alcanzara la mayoría necesaria, se podría adoptar la decisión eludiendo la parálisis. Se trata de una tesis que despeja el camino para muy peligrosas consecuencias.

Evidentemente el autor glosado presupone que el director que provoca el bloqueo es el villano de la novela. Mas tal presunción puede no coincidir con la realidad. De manera que, en más de un supuesto, al privar del voto a un director partiendo de la base de que su conducta es abusiva puede hacer que se entregue en bandeja el cetro del abuso al otro director.

### **VIII. Un pariente cercano del instituto a estudiar: el voto de desempate en manos del presidente**

Ante el bloqueo del órgano de administración a la hora de adoptar una decisión, ¿puede el presidente tener voto de desempate o doble voto?

En el derecho comparado el voto dirimente del presidente tiene sus matices. Así, en España, es habitual que el estatuto le confiera ese derecho al presidente del Consejo de Administración (115).

---

*General de Sociedades n° 19.550 modificada por la ley n° 26.994*, Estudio, Buenos Aires, 2016, punto 2.32.1.

(112) CNCom., sala C, 19/3/2015, "Pisani, Marcelo O. y otro c. Ferreira, Jorge E. y otro", MJJ95050; ídem, sala F, 4/11/2016, "Bilevich, Marcos A. c. Pigs Argentina SA", MJJ102599.

(113) CNCom., sala A, 18/12/2014, "Levy, Diego F. y otros c. Laboratorios Esme SAIC", MJJ90713.

(114) MARSALA, Eduardo A., "Asambleas con voto empatado", ponencia presentada al IX° Congreso Argentino de Derecho Societario y V° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, San Miguel de Tucumán, año 2004, libro de ponencias, p. 399.

(115) Y el registrador lo admite sin titubeos. Ejemplo: <http://www.servicepoint.net/wp-content/uploads/Estatutos-Sociales-SPS.pdf>.

Todos los proyectos de Estatutos de la Sociedad Anónima Europea establecieron el voto dirimente del presidente del directorio en caso de empate, a menos que los socios previeran otra cosa (116).

Distinto es el caso del voto de desempate en el órgano deliberativo. Hay autores que resisten esa posibilidad (117), y un fallo del Tribunal Supremo declaró nulo el acuerdo adoptado en esas condiciones (118).

\*\*\*

En el derecho latinoamericano la cuestión tiene abordajes diversos. En algunos países, como México (119), Perú (120), Costa Rica (121), República Dominicana (122) y Uruguay (123), el presidente, por ley, tiene el voto de desempate. En otros, como en Guatemala, el presidente solo cuenta con tal atribución si el Estatuto lo establece expresamente (124). Y en

---

(116) PICO GÓMEZ, María Luisa, “Régimen jurídico de la administración de la sociedad anónima europea domiciliada en España”, tesis doctoral, [http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/14561/2/TD\\_marialuisapicogomez.pdf](http://dspace.sheol.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/14561/2/TD_marialuisapicogomez.pdf).

(117) RUIZ PERIS, J. Ignacio, “El voto dirimente del presidente de la junta general de accionistas como supuesto de voto plural”, *Revista General de Derecho*, septiembre/1991, p. 7745.

Ya la RDGRN del 17/6/1956 (R. 2942) había decidido que esta figura era contraria al principio de proporcionalidad entre el capital de sus acciones y el derecho de voto, constituyendo un supuesto de voto plural, prohibido entonces por el art. 38 de la LSA de 1951 (SÁNCHEZ LINDE, Mario, “La posible atribución de voto de calidad o voto dirimente al presidente de la junta de accionistas de la sociedad anónima”, en *Jornada Internacional Reflexiones sobre la junta general*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, 20/4/2009, [www.proyectojuntageneral.org](http://www.proyectojuntageneral.org)).

Para un panorama actual del debate: MIQUEL, Jorge, “Junta general”, en ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio - EMBID IRUJO, José M. - GÓRRIZ, Carlos (dirs.), *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, Tecnos, Madrid, 2009, cap. V, <https://merchantadventurer.files.wordpress.com/2013/10/comentario-al-artc3adculo-93-lsa.pdf>.

(118) TS, sala 1ª, Civil, 5/11/1990, <http://supremo.vlex.es/vid/-209083903>.

(119) Art. 143 de la Ley General de Sociedades Mercantiles (conf. reforma publicada DOF 2/6/2009), [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_mex\\_ley\\_soc\\_merc.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_ley_soc_merc.pdf).

(120) Art. 169 de la Ley General de Sociedades 26.887, [www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_per\\_leysociedades.doc](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_per_leysociedades.doc).

(121) Art. 184, 2º párr., Código de Comercio, <http://docslide.com.br/documents/codigo-de-comercio-56dee5b59ee85.html>.

(122) Art. 218 de la Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, 479-08, [http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_rep\\_ley\\_479\\_08.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_rep_ley_479_08.pdf).

(123) Art. 386 de la Ley de Sociedades Comerciales 16.060 (RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. - LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., “Administración de sociedades anónimas”, <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseSocOrg05.htm>).

(124) Art. 167, Código de Comercio, [ww2.oj.gob.gt/archivodeprotocolos/index](http://ww2.oj.gob.gt/archivodeprotocolos/index).

otros, como Chile, el presidente desempata a menos que el Estatuto diga lo contrario (125).

\*\*\*

En la Argentina ocasionalmente los Estatutos le conceden al presidente el voto de desempate. Ello ocurre no solo en las sociedades comerciales, sino también en institutos diversos como entes públicos (126), organismos profesionales y clubes deportivos.

Y cuando los estatutos de sociedades se presentan a la registración incluyendo la regla del voto de desempate a favor del presidente, invariablemente son aceptados por el ente de control, tesitura que cuenta con algún guiño de la doctrina (127).

Llamativamente, ese derecho, que es reconocido expresamente por el Código Civil y Comercial para las fundaciones (art. 207), ni siquiera es mencionado como posibilidad por la Ley General de Sociedades.

Lo cierto es que, en ocasiones, el doble voto resuelve algunos problemas pero puede crear otros (128).

\*\*\*

Que cada director cuenta con un solo voto es un lugar común para la doctrina (129). Empero, aunque ello es lógico (130), nuestro ordenamiento

---

*php?option=com\_rubberdoc...*

(125) Art. 47 de la Ley de Sociedades Anónimas, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29473>.

(126) Algunas leyes que generaron estatutos para empresas estatales o paraestatales también establecieron ese derecho. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 5° de la ley 2225 de la provincia de La Pampa que creó la Empresa Pampeana de Petróleo (Pampepetrol SAPEM), sociedad anónima con participación estatal mayoritaria. Lo propio establece la normativa referida a las sociedades del Estado (como el decreto 1222/2016). Hasta el proyecto de la Ley de Mercado de Capitales de 2016 prevé la misma solución para el caso de empate en el directorio de la Comisión Nacional de Valores.

(127) GAGLIARDO, Mariano, *El directorio en la sociedad anónima*, Abeledo-Perrot - LexisNexis, Buenos Aires, 2007, cap. XIV.

(128) Inspección General de Justicia, resolución 1252, del 28/12/2002, "Bungalows del Pinar SA", MJ-MIG-526-1-AR.

(129) Por ejemplo: SASOT BETES, Miguel A. - SASOT, Miguel P., *Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción*, cit., p. 389.

(130) Un socio (salvo en las sociedades cooperativas) dependiendo de la participación

jurídico no tiene una norma como la del art. 311 del Código de Comercio boliviano (131) que lo dispone expresamente (132).

Todo lo que tenemos es el art. 158, Cód. Civ. y Com., que, para las personas jurídicas en general, dispone que el estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y la representación; y la Ley General de Sociedades que, tanto para la sociedad colectiva (art. 127, LGS), como para la SRL (art. 157, LGS) y la sociedad anónima (art. 255, LGS) dice más o menos lo mismo.

De su lado el art. 260, LGS, sobre las anónimas, solo aclara que, en las reuniones de directorio, el *quorum* no podrá ser inferior a la mayoría absoluta de sus integrantes.

El art. 128, LGS, para la sociedad colectiva, estatuye que “Si se ha estipulado que nada puede hacer el uno sin el otro, ninguno puede obrar individualmente, aun en el caso de que el coadministrador se hallare en la imposibilidad de actuar, sin perjuicio de la aplicación del artículo 58”. Por lo tanto, ningún sistema de desempate por voto múltiple podría aplicarse en esas hipótesis.

Es cierto que ese precepto, que es claramente imperativo, solo rige para las sociedades colectivas. De manera que, al menos en el plano formal, para los demás tipos societarios no hay norma que explícitamente impida que un director ostente más votos que otro.

No obstante, Halperin y Otaegui sostuvieron que sería inadmisibles que un director detentara más de un voto porque ello atentaría contra las funciones y los fundamentos de la elección (133). También Mascheroni se mostró adverso a que el presidente del directorio, en el caso de que el órgano estuviera integrado por dos miembros, contara con voto de desempate, pues ello sería tanto como instaurar un unicato directorial (134).

---

que tenga en el capital social, puede tener más de un voto (excepto los socios industriales de la sociedad de capital e industria que, salvo pacto en contrario, no tienen voto alguno). El socio puede emplear ese poder para colocar más miembros en el órgano de administración. Sin embargo, cada uno de esos administradores tendrá un solo voto.

(131) <https://bolivia.infoleyes.com/articulo/26536>.

(132) Es más, el mismo precepto, a renglón seguido, establece que “Todo pacto en contrario es nulo”.

(133) HALPERIN, Isaac, *Sociedades anónimas*, cit., p. 417; OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, Ábaco, Buenos Aires, 1979, p. 283.

(134) MASCHERONI, Fernando, *Sociedad anónima*, 2ª ed., Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 267.

Sin embargo, la resolución IGJ 6/1985, que diseñó un Estatuto Modelo de Sociedades Comerciales, en su art. 8° estatúa que “... *en caso de empate el presidente desempatará votando nuevamente*”. Y el art. 58, inc. 4°, de la resolución general IGJ 7/2005 permitía que el estatuto prevea, para el caso de votación empatada en la asamblea, “el voto de desempate a favor del presidente de la asamblea que sea a la vez accionista (...) y que el mismo haya votado antes a favor de la decisión sobre la cual recayó el empate”.

En ese marasmo conceptual vamos a ingresar en el estudio del art. 161, Cód. Civ. y Com., pues transita por caminos afines.

### **IX. La norma del art. 161, Cód. Civ. y Com., y su fuente**

El art. 161, Cód. Civ. y Com. dispone: “Obstáculos que impiden adoptar decisiones. Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:

”a. el presidente, o alguno de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;

”b. los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;

”c. la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador”.

No hay antecedentes legislativos de un precepto análogo (135).

---

(135) Sin embargo, en un precedente estadounidense se aplicó una solución similar. Me refiero al caso “Hellman v. Hellman” decidido por la Suprema Corte de Monroe County (19 Misc 3d 695, año 2008). Allí se discutió si, ante el vencimiento del contrato de alquiler del local que ocupaba la sociedad 50/50, uno de los socios y director podía, ante el bloqueo impuesto por el otro socio y director (su hermano), por su sola decisión, renovar un contrato a nombre de la compañía. Basándose en la Sección 1104 de la New York’s Business Corporation Law, el juez consideró que el presidente, en ejercicio de sus deberes fiduciarios, estaba habilitado para hacerlo.

Vale aclarar que la mentada sección 1104 solo habilita una acción de disolución de la sociedad en caso de bloqueo de sus órganos ([http://law.onecle.com/new-york/business-corporation/BSC01104\\_1104.html](http://law.onecle.com/new-york/business-corporation/BSC01104_1104.html)).

Puede verse un comentario a ese fallo en: MAHLER, Peter, “Court upholds authority

La fuente del transcripto dispositivo legal es el art. 164 del Proyecto de 1998 (136), que en su momento fue bien recibido por la doctrina (137). Es más, algunos autores piensan que la norma del Proyecto de 1998 era de mejor factura técnica que la del Código de 2014 (138), tesis que no comparto (139).

of 50% shareholder/president to sign lease without co-owner's approval", <http://www.nybusinessdivorce.com/2008/03/articles/corporate-governance/court-upholds-authority-of-50-shareholder-president-to-sign-lease-without-coowners-approval/>.

(136) Art. 164, Proyecto de 1998: "Órgano de Administración. Oposición que impida adoptar decisiones. Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemáticas de algunos administradores, el consejo no puede adoptar decisiones válidas según la regla de la mayoría u otra proporción prevista, los demás administradores en minoría deben dejar constancia en actas y se debe proceder de la siguiente forma:

"a) El presidente, y si éste no actúa, aquella minoría, puede ejecutar los actos conservatorios.

"b) Los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea ordinaria, que se convoque al efecto, por quien los haya realizado, dentro de los diez (10) días de comenzados los trabajos.

"c) La asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar los actos urgentes o necesarios.

"d) Si en la asamblea no se puede tomar una decisión válida por las mismas razones que impiden hacerlo en el consejo, la persona jurídica queda incurso en causal de disolución. Se aplican las disposiciones del Capítulo I, Sección Cuarta, Parágrafo 4º del presente Título".

(137) Por ejemplo: NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", ED del 7/7/2015, nro. 13.764.

(138) BELLO KNOLL, Susy I., "Solución a los obstáculos que impiden tomar decisiones en las sociedades de la Ley General de Sociedades (artículo 161 CCC)", en *Institutos del derecho comercial a la Luz del nuevo Código Civil y Comercial*, D&D SRL, Buenos Aires, 2016; PÉREZ HUALDE, Fernando, "La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC", ponencia presentada ante el XIIIº Congreso Societario de Mendoza, que fuera publicado en *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema del derecho privado*, Advocatus, Córdoba, 2016, t. III, p. 1707; anteriormente el mismo autor: "El art. 161 CCC. Propuestas para su análisis", en la obra colectiva preparada para el XXIº Encuentro de Institutos de Tucumán, - *El derecho comercial a 200 Años de la Declaración de la Independencia*, Universidad Nacional de Tucumán y Colegio de Abogados de Tucumán, p. 160, y "La acción de exclusión de socio en la sociedad de responsabilidad limitada de dos socios", LL Gran Cuyo 1996-3-99.

(139) Entre ambas normas se detectan las siguientes diferencias: a) en el rótulo se eliminó la referencia al "Órgano de Administración". Ello es doblemente chocante. La mención era incongruente en el Proyecto de 1998 ya que su último párrafo contenía una norma dedicada al órgano de deliberación y no al de administración. Pero puesto que el art. 161, Cód. Civ. y Com., eliminó ese párrafo y, por lo tanto, el precepto quedó referido únicamente al órgano de administración, dicha exclusión terminó siendo desahogada. b) También en el título se cambió la palabra "oposición" por "obstáculos", se supone, para ser más amplia, ya que puede haber bloqueo, aunque no haya oposición, como ocurre cuando llega al mismo resultado a través de la abstención de voto o la inasistencia a la reunión. c) En el Proyecto de 1998 se ubicó como protagonistas de "la

oposición u omisión sistemáticas” a “algunos administradores” (¿por qué dejar fuera del dispositivo legal a los casos en los cuales el bloqueador fuera uno solo?), en tanto que el art. 161, Cód. Civ. y Com., alude al “desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera”, mención que ya veremos qué complicaciones interpretativas conlleva. d) En el mismo tramo el Proyecto de 1998 mencionaba al “consejo” como el blanco de la paralización; en tanto que en el art. 161, Cód. Civ. y Com., se sindicaba a “la persona jurídica” como la que “no puede adoptar decisiones válidas”. Es de imaginar que se eliminó la referencia al “consejo” para evitar que queden afuera aquellas personas jurídicas cuya administración es puesta a cargo de un órgano con otro nombre. No obstante, la alusión a “la persona jurídica” es algo conflictiva, pues podría pensarse que el dispositivo legal abarca a las situaciones de paralización del órgano deliberativo, lo que no parece que congenie con el resto del texto. e) En el art. 161, Cód. Civ. y Com., se eliminó el “según la regla de la mayoría u otra proporción prevista”, lo que es acertado pues era superflua. f) El Proyecto de 1998 disponía que “los demás administradores en minoría deben dejar constancia en actas”, mas tanto la referencia a “los demás administradores en minoría” (¿qué pasaría en supuestos de bloqueo por igualdad de votos o por ausencia de todos los administradores?) como la necesidad de “dejar constancia en actas” se ven innecesarias. g) En el apartado a) el art. 161, Cód. Civ. y Com., donde el Proyecto de 1998 decía “El presidente, y si éste no actúa, aquella minoría” establece “el presidente, o alguno de los coadministradores, si los hay”. El transcrito pasaje del Proyecto era confuso, pero, en verdad, como veremos, también lo es el del Código vigente. h) En el apartado b) el Proyecto de 1998 tenía previsto que “Los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea ordinaria”. Esta última palabra fue correctamente suprimida en el art. 161, Cód. Civ. y Com., pues, como veremos, esa asamblea únicamente puede ser *extraordinaria*. i) En el mismo tramo el Proyecto de 1998 acertadamente determinaba que la asamblea debía ser convocada “por quien los haya realizado (a los actos conservatorios)”. Ello, sin ninguna explicación ni razón aparente, desapareció del art. 161, Cód. Civ. y Com. j) En el Proyecto de 1998 los diez días para convocar a la asamblea se contaban desde “comenzados los trabajos”, mientras que el art. 161, Cód. Civ. y Com., los computa una vez “...comenzada su ejecución” (se entiende: de los actos conservatorios, que no necesariamente consisten en *trabajos*), lo que hizo que la oración quede algo tautológica (“actos así *ejecutados*” más “de comenzada su *ejecución*”). k) En el apartado c). del art. 161, Cód. Civ. y Com., se agregó “también puede remover al administrador”, indicación que, para las entidades de la Ley de Sociedades era innecesaria. l) por último, el art. 161, Cód. Civ. y Com., eliminó el apartado d) del Proyecto de 1998, lo cual hace que debamos acudir al art. 163, apartado c), Cód. Civ. y Com., y, desde allí, reanudar el debate que, en materia societaria, se había dado en torno a la misma figura del art. 94, inc. 4°, LGS.

Además, la nota de elevación del Proyecto de 1998 era algo desconcertante. En el punto 28 se refería a las innovaciones referidas a los *órganos de gobierno y administración*. Sin embargo, como vimos, el art. 164 dedicaba sus tres primeros párrafos a una vía para sortear la paralización del órgano de administración, mientras que el apartado d), que no tenía nada de novedoso ni aportaba algo análogo para el bloqueo del órgano deliberativo (por lo que metodológicamente hubiera estado mejor en una norma independiente), todo lo que hacía era poner a la entidad frente a la puerta de la disolución, y, para más, con mayor dureza que el art. 94, inc. 4°, de la ley 19.550, pues bastaba que la asamblea no pudiera tomar “una decisión válida”.

En suma, ninguna de las dos iniciativas constituye un dechado de virtudes de redacción.

De todos modos, en términos generales, el nuevo dispositivo legal logró el beneplácito de la pléyade autoral (140).

\*\*\*

El precepto, aunque puede ser aplicado a las asociaciones y fundaciones (141), cumpliría mejor servicio formando parte de la Ley General de Sociedades y, más específicamente, del régimen de las sociedades anónimas (142).

Tan así es que, en la redacción de la norma, hay rastros que evidencian que los proyectistas pensaron en la sociedad anónima. Nótese que el dispositivo legal emplea los vocablos *presidente* y *asamblea*, que son válidos únicamente para las anónimas (143). También la desafortunada referencia a la *minoría* (144) evoca a problemas que, en abrumadora cantidad de casos, se dan en las sociedades anónimas.

(140) Por ejemplo: NIEL PUIG, Luis, *Personas jurídicas privadas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 176; FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h), “Los conflictos en las sociedades empatadas: problemas y soluciones”, en XIII° Seminario de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Societarias, Mar del Plata, abril/2016; RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar María, “Personas jurídicas. Novedades introducidas por el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista del Notariado*, nro. 920, abril-junio/2015, <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/02/personas-juridicas-novedades-introducidas-por-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>.

(141) Es lo que dispone el punto 11 de la resolución 7/2015 de la Inspección General de Justicia (sobre Reglamentación Parcial del Código Unificado) al estatuir que las normas, como la del art. 161, Cód. Civ. y Com., son de “aplicación a las sociedades, asociaciones y fundaciones...”

(142) El art. 161 Cód. Civ. y Com., se encuentra en la sección tercera (Persona jurídica privada) del título II referido a la Persona jurídica, lo que permite inferir que las sociedades de la Ley General de Sociedades están comprendidas en el instituto allí regulado. Es lo que opinan la mayoría de los autores que se ocuparon de esta materia. Por ejemplo: PÉREZ HUALDE, Fernando, “La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.

(143) Tan así es que hay quien piensa que el art. 161, Cód. Civ. y Com., solo es válido para las sociedades de la Ley General de Sociedades (SCHNEIDER, Lorena R., “La omisión u oposición a la toma de resoluciones sociales por parte de los administradores sociales que incorpora el Código Civil y Comercial”, ponencia presentada ante el XXII° Congreso Argentino y IX° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, año 2016, libro de ponencias, p. 1729).

(144) Como vimos al analizar la norma equivalente del Proyecto de 1998, la norma en lugar de “o a la minoría” debió decir “o a otro director”, pues, como anticipé, el bloqueo del órgano de administración no se da solo cuando hay puja entre mayoría y minorías, sino, también, cuando hay paridad de fuerzas.

Por esas y otras razones, Miguens criticó enérgicamente a la redacción del precepto (MIGUENS, Alberto María, “Impacto del Código unificado en la Ley General de Sociedades. Asambleas unánimes”, *Revista del Notariado*, nro. 919, enero-marzo/2015,

La explicación de ese error metodológico la podemos rastrear en el punto X de los Fundamentos del Anteproyecto (145) que concluyó transformándose en nuestro Código Civil y Comercial. Allí se dejó entrever que ni el Proyecto de 1998, ni el de 2012, se propusieron una reforma profunda a la ley 19.550; reforma que corrió por carriles diversos.

Ese cuidado por modificar solamente el régimen societario en temas puntuales (como la introducción de la sociedad de un solo socio) parece ser la única razón por la cual la norma del art. 161, Cód. Civ. y Com., haya sido situada en el espacio reservado a las personas jurídicas en general, cuando, indubitablemente, ofrece una herramienta jurídica que fundamentalmente tiene sentido para las sociedades anónimas y, en menor medida, para las SRL.

## **X. El instituto solo tutela las situaciones de parálisis del órgano de administración**

A partir del texto de la norma se dedujo, con razón, que está referida únicamente al bloqueo del órgano de administración (146).

Es decir, no hay nada previsto en la ley para los casos en los cuales la actitud de los socios impide adoptar una decisión del órgano de deliberación (147); tesitura que varios autores han criticado (148), mientras que otros han ensayado propuestas para superar ese vacío (149).

*<http://www.revista-notariado.org.ar/2015/11/impacto-del-codigo-unificado-en-la-ley-general-de-sociedades-asambleas-unanimes/>*.

(145) En *<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>*.

(146) NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", cit.; CALCATERRA, Gabriela S., "El nuevo régimen legal de las personas jurídicas a partir de la puesta en vigencia de la ley 26994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado", DSC, nro. 328, marzo/2015, p. 229.

(147) El art. 43 de la ley colombiana de Sociedades por Acciones Simplificadas 1258 del año 2008 considera abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas o de obtener para sí o para un tercero ventaja injustificada, y dispone que, quien abuse de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que la Superintendencia de Sociedades pueda declarar la nulidad absoluta de la determinación adoptada en esas condiciones (GIL ECHEVERRI, Jorge H., "Abuso decisorio en el régimen de las SAS", en *Estudio sobre las Sociedades por Acciones Simplificada*, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Económico, 2010, p. 111).

(148) PÉREZ HUALDE, Fernando, "La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC", cit.; NAZAR, Nadina, "Conflicto de intereses en la asamblea de accionistas. El supuesto del art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales", *Revista Argentina de Derecho Empresario*, nro. 13, IJ-LXXI-240.

(149) Como vimos, MARSALA, Eduardo A., en "Asambleas con voto empadado", cit.,

## XI. Cuál es el bloqueo que cuenta para la ley

Hay múltiples maneras de impedir que el órgano de administración consiga tomar una decisión: uno o más administradores pueden lograrlo negándose a asistir a la reunión respectiva, o, asistiendo, pero absteniéndose de votar, o votando negativamente.

Vale aclarar que el bloqueo no es necesariamente ilícito, ni supone, en todos los casos, el mal desempeño del cargo del administrador (150). Recién cruza la frontera de la legalidad cuando es ejercido abusivamente, perjudicando al interés social en lugar de protegerlo (151).

Según adelanté, sobre todo en las sociedades 50/50, puede darse el fenómeno del *abuso de la igualdad*, esto es, el bloqueo inspirado en intereses espurios (generalmente: para presionar a uno o más socios y a la sociedad misma con el fin de obtener lo que en puro derecho no corresponde). Como todo abuso, está vedado por el ordenamiento legal (152).

---

supuso que una acción de nulidad del voto que motivó el empate podría soslayar el en-tuerto. Empero, como creo haber demostrado, ello tiende a ser ilusorio.

Asimismo, Favier Dubois propuso una reforma legal por la cual el empate disuelva el vínculo entre los socios sin liquidar la sociedad y que la misma sea adjudicada a una de las partes, la que deberá pagar su valor a la otra (FAVIER DUBOIS, Eduardo M., "Algunas reformas al régimen societario: sociedades cerradas, contabilidad y frontera con los contratos asociativos", en AA.VV., *El derecho societario y de la empresa en el nuevo sistema de derecho privado*, Universidad de Mendoza, Mendoza, 2016, t. 4).

Ninguna de esas fórmulas garantiza, *urbi et orbi*, una salida equilibrada de la crisis.

(150) RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. - LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., "Administración de sociedades anónimas", cit.

(151) CEBRIÁ, Luis H., "El abuso de la posición jurídica del socio en las sociedades de capital", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nro. 56, año 2011, p. 92.

(152) En Alemania, el art. 243, inc. 2°, de la ley de 1965 establecía la anulabilidad de una decisión asamblearia si el accionista, ejerciendo su derecho de voto, intentaba procurar para sí mismo o para otro, una ventaja particular, en detrimento de la sociedad o de los otros accionistas, salvo que esa decisión prevea una compensación para los demás accionistas. Y el art. 117 de la misma ley obligaba a reparar los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad o a los consocios, cuando se hubiera instigado a un miembro del directorio o del Consejo de Vigilancia a actuar en perjuicio del ente (NAZAR, Nadina, "Conflicto de intereses en la asamblea de accionistas. El supuesto del art. 248 de la Ley de Sociedades Comerciales", *Revista Argentina de Derecho Empresario*, nro. 13, IJ-LXXI-240).

Richard, en nuestro país, propugnó una solución similar (RICHARD, E. Hugo, "Sociedad por acciones: efectos de la resolución adoptada merced a voto emitido en interés contrario al social", ED 153-680; también en: "Impugnación de deliberación de asamblea o reparación de daño por voto con interés contrario", [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artimpugnaciondeliberacion/at\\_download/file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artimpugnaciondeliberacion/at_download/file)).

\*\*\*

El art. 161, Cód. Civ. y Com., no apunta a cualquier impedimento que afecte a las decisiones del órgano de administración. Exige que la “oposición u omisión” sean *sistemáticas* (153).

Pero ¿qué quiere decir el precepto cuando se refiere alternativamente a la *oposición* o la *omisión sistemática*? La *oposición* parece apuntar al acto de resistir una propuesta de otro administrador, por ejemplo, cuando se vota en contra. En cambio, la *omisión* estaría refiriéndose a la abstención de voto o, lisa y llanamente, a la inasistencia a la reunión del órgano.

Que esos comportamientos (de un tipo, del otro, o de los dos) deban ser *sistemáticos* apunta a una conducta constante, expresada a través de una multiplicidad de hechos (154). Por lo tanto, no se cumpliría la condición de la ley si se dan uno o más acontecimientos aislados (155).

\*\*\*

Nótese que la norma en estudio viene precedida por las de los arts. 159 y 160, Cód. Civ. y Com., que, como vimos, reproducen parcialmente lo prescripto por el art. 59, LGS, en punto a la diligencia exigible a los administradores (156).

---

(153) El uso del vocablo *sistemáticas* (en plural) denota que está referido tanto a la *oposición* como a la *omisión*.

(154) BELLO KNOLL, Susy I., “Solución a los obstáculos que impiden tomar decisiones en las sociedades de la Ley General de Sociedades (artículo 161 CCC)”, cit.; PRAT, Adela, “Disolución de sociedad anónima por existencia de grave conflicto entre los accionistas: dos grupos enemistados –cada uno titular del 50% del capital social y de los votos respectivos– lo que torna imposible alcanzar las mayorías necesarias para adoptar ninguna decisión asamblearia”, <http://www.infojudicial.com.ar/disolucion-de-sociedad-anonima-por-existencia-de-grave-conflicto-entre-los-accionistas-dos-grupos-enemistados-cada-uno-titular-del-50-del-capital-social-y-de-los-votos-respectivos-lo-que-torna-imposib/>.

(155) Sin embargo, para Junyent Bas y Meza, el bloqueo de una sola decisión podría ser de tal entidad como para justificar la recurrencia al dispositivo del art. 161, Cód. Civ. y Com. (JUNYENT BAS, Francisco - MEZA, Mariana I., “El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación”, DS online del 5/6/2015).

(156) En un *obiter dictum* se destacó que el art. 161, Cód. Civ. y Com., debe considerarse congruente con lo dispuesto por los arts. 159 y 160 del mismo plexo legal (CCiv. y Com. Presidencia Roque Sáenz Peña, sala 2ª, 24/5/2016, “Sánchez, Silvia c. Montenegro, Roberto M. s/embargo preventivo”, expte. 21 13618/15, [ftp://www.justiciachaco.gov.ar/listas/Saenz\\_Pena/Cam\\_Civ\\_Sal\\_II\\_SP/cam\\_civ\\_sal\\_II\\_SP\\_Pro\\_2016-05-24.Txt](ftp://www.justiciachaco.gov.ar/listas/Saenz_Pena/Cam_Civ_Sal_II_SP/cam_civ_sal_II_SP_Pro_2016-05-24.Txt)).

El mismo art. 159, Cód. Civ. y Com., en consonancia con el art. 272, LGS, dispone que los administradores no pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica (157).

De ese modo se vuelve al meneado concepto del *interés social* (158).

## XII. Legitimados

El primer párrafo del art. 161, Cód. Civ. y Com., alude al “desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera” (159).

Se infiere de ese pasaje que el precepto únicamente puede aplicarse cuando el órgano de administración está compuesto por más de un integrante (160), pues es de Perogrullo que, cuando es unipersonal, no hay quien pueda obstaculizar el desempeño del administrador (161).

Entonces ¿cuáles son los coadministradores (162) a quienes el dispositivo legal, en el apartado a), legitima como si fueran el presidente?

En un estudio sobre este tema se aseveró que el precepto apunta a los coadministradores que no hayan realizado las conductas obstructivas (163).

---

(157) NISSEN, Ricardo A., “Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas”, cit.

(158) PÉREZ HUALDE, Fernando, “La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.

(159) Obviamente quedan excluidos de la norma los socios (SCHNEIDER, Lorena R., “Obstrucción sistemática de los administradores sociales en la toma de resoluciones dispuesta por el art. 161, del CCyC. Necesidad de extender el deber de lealtad a los socios”, *Revista del Código Civil y Comercial de la Nación*, nro. 6-2015, p. 21).

(160) Así lo entienden PÉREZ HUALDE, Fernando (“La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.) y CALCATERRA, Gabriela S., “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas a partir de la puesta en vigencia de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado”, cit.

(161) Queda al margen –claro está– la hipótesis del directorio unipersonal afectado por la muerte, enfermedad o inhabilitación sobrevinientes o ausencia prolongada del director cuando no asume el suplente.

(162) La referencia al *coadministrador* no es feliz. Ninguna otra norma del Código emplea ese vocablo, y en la ley de sociedades, solo aparece dos veces: una, en el art. 115, LGS, en materia de intervención judicial (que es la acepción más divulgada en la práctica forense) y otra, en el art. 128, LGS, para aludir a una situación especial en materia de sociedad colectiva. Ello hace que quede en la nebulosa lo que se pretendió decir con esa palabra.

(163) ALONSO, Ana C. - CULTRARO, Gustavo, “Un tratamiento ineficaz para la obstrucción (art. 161 del Proyecto de Cód. Civil y Comercial)”, ponencia presentada en el Iº Congreso Nacional de Análisis y Debate sobre el Proyecto del Nuevo Código Civil, Mar

Tal interpretación permite resolver la hipótesis en la cual, por ejemplo, el presidente es el bloqueador.

De su lado, Nissen (164) sostiene que la solución parece referirse al supuesto en el cual el Estatuto exija la representación plural conjunta y ello no pueda lograrse por las diferencias existentes entre los administradores. Junyent Bas y Meza tienen una visión similar (165).

Las dos interpretaciones me resultan aceptables.

### XIII. ¿Qué es lo que puede hacer el presidente en esos supuestos?

Es cierto que el bloqueo que provoca un daño a la sociedad y, generalmente, a los demás socios, puede motivar una acción para obtener la condigna indemnización, ex art. 160, Cód. Civ. y Com. Sin embargo, las acciones de reparación suelen llegar tarde (166).

De manera que la ley debe procurar que, antes de compensar los perjuicios, se los trate de evitar (167).

En ese sentido, la norma del art. 161, Cód. Civ. y Com., viene a cumplir la función preventiva del mencionado art. 1710, Cód. Civ. y Com. (168).

\*\*\*

---

del Plata, 4 al 6 de noviembre de 2012, MJD7022.

(164) NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", cit.

(165) JUNYENT BAS, Francisco - MEZA, Mariana I., "El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", cit.

(166) Para Nissen, además, la norma del art. 160, Cód. Civ. y Com., es insuficiente, pues prefiere la fórmula del art. 248, LGS (NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", cit.).

(167) CAMPS, Carlos E., "La pretensión preventiva de daños", RCCyC, agosto/2015, AR/DOC/2482/2015.

(168) PÉREZ HUALDE, Fernando, "La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC", cit.; JUNYENT BAS, Francisco - MEZA, Mariana I., "El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", cit.; LORENZETTI, Ricardo L. (dir.) - DE LORENZO, Miguel F. - LORENZETTI, Pablo (coords.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 628; RICHARD, E. Hugo, "El Código Civil y Comercial y su vinculación a la 'crisis' de sociedades: Abuso de derecho y fraude a la ley, prevención del daño", *www.cea.unc.edu.ar/acaderc*.

Está visto que, ante situaciones de emergencia, las leyes ofrecen herramientas extremas, muchas veces desbordando los equilibrios que el propio ordenamiento trata de preservar en tiempos de normalidad (169).

Esa forma de encarar las urgencias suspendiendo el ejercicio de algunos derechos individuales en beneficio de ciertos derechos colectivos, en ocasiones se reduce a apostar al talento de un único director como si fuera Tito Laricio, el dictador romano a plazo fijo. Si todo sale bien, la ley habrá cumplido su designio; en caso contrario, para enmendar los errores o reparar lo hecho con mala fe, se abrirá la puerta a la antedicha acción de daños y perjuicios.

\*\*\*

El art. 161, Cód. Civ. y Com., también como medida de emergencia instauró una excepción al principio mayoritario que rige el funcionamiento de los órganos sociales (170). El dispositivo legal autoriza al presidente a llevar a cabo *actos conservatorios* (171), se entiende, prescindiendo de la opinión y voto de sus pares.

La norma emplea el vocablo “pueden”, pero, como comprobamos en este mismo estudio, en realidad el presidente, cuando cadre, está obligado a protagonizar tales *actos conservatorios*; carga que, como sostiene Pérez Hualde, pesa sobre su cabeza, aunque el art. 161, Cód. Civ. y Com., no lo hubiera dicho (172).

Ello, desde luego, no quiere decir que, como sostuvo un autor, la norma le esté otorgando al presidente facultades “... para que haga lo que quiera...” (173), puesto que, como resulta de los ya mencionados arts. 159 y

---

(169) SOSA, Toribio E., “La inversión del contradictorio y la tutela provisional antes de la definición del contradictorio”, ED del 1/11/2016, nro. 14.072.

(170) En la ley de sociedades hay otras situaciones de excepción en las cuales no rige el principio mayoritario. Tal el caso en el cual se impide el ejercicio del derecho de voto a quien tenga, en determinada cuestión, *un interés contrario* (art. 248, LGS), o cuando la prohibición tiene que ver con la aprobación de su propia gestión, responsabilidad o remoción como administrador (art. 241, LGS).

(171) Se ha apuntado que, lamentablemente, el Código Civil y Comercial no establece de manera expresa el principio de conservación de la persona jurídica (CALCATERRA, Gabriela S., “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas a partir de la puesta en vigencia de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil y Comercial unificado”, *Revista ErreNews. Novedades*, nro. 3).

(172) PÉREZ HUALDE, Fernando, “La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.

(173) CALCATERRA, Gabriela S., “El nuevo régimen legal de las personas jurídicas a partir de la puesta en vigencia de la ley 26.994 que sancionó el Código Civil

160, Cód. Civ. y Com., el administrador, también al afrontar ese cometido, debe emplear la debida diligencia.

\*\*\*

Pero ¿cuáles son esos *actos conservatorios*? Es bastante complicado definirlos en abstracto.

Menudo problema entonces para el administrador, puesto que la ley lo ubica en una liada situación: está obligado a hacer algo que no está claro en qué consiste y, lo peor del caso, es que, por eso mismo, pende sobre sí la amenaza de ser demandado por los daños que pueda ocasionar a propios y ajenos (174).

\*\*\*

El Código Civil y Comercial recurre al concepto actos conservatorios en distintas ocasiones y con fines diversos. Así, por ejemplo, en el art. 2324, bajo el rótulo de *actos conservatorios* y *medidas urgentes*, faculta a cualquiera de los herederos a tomar las *medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos* (175).

Que el dispositivo legal mencione a los *actos conservatorios* y a las *medidas urgentes* (aunque estén unidos por la conjunción) hace deducir que, para el legislador, no son la misma cosa (176), pues, de otro modo, no las hubiera incluido a las dos en ese precepto. Para más, habrá que aceptar, porque así resulta del texto, que tales *actos conservatorios*, así como las *medidas urgentes*, equivalen a las *medidas necesarias para la conservación de los bienes indivisos*.

También en materia sucesoria el art. 2353, Cód. Civ. y Com., fuerza al administrador de los bienes (aquí usa la palabra *debe*) a “realizar los *actos*

---

y Comercial unificado”, cit.

(174) Es que el administrador societario, por la actividad ilícita que realice, está jaqueado, tanto desde el ámbito interno de la sociedad (arts. 274 y concordantes, LGS) como por los terceros (CNCom., sala D, 30/6/2011, “Delikat SA c. González, Felipe O.”, donde se cita a OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, cit., p. 380, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom., <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00012/00059424.Pdf>).

(175) El dispositivo legal no es nuevo. Tiene por antecedente el art. 815, inc. 2º, del Código Civil de Napoleón.

(176) Por eso se ha afirmado que los actos de conservación de los bienes del art. 2353 pueden ser o no ser de carácter urgente (CIVERRA, Felipe M., “La administración de la comunidad hereditaria, en el derecho sucesorio”, [http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos\\_utsupra\\_02A00394193288](http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00394193288)).

*conservatorios de los bienes y continuar el giro normal de los negocios del causante*” (177); lo que hace deducir que *realizar los actos conservatorios de los bienes* no necesariamente coincide con *continuar el giro normal de los negocios del causante*.

Por si todo ese embrollo fuera poco, el art. 2296, apart. a), Cód. Civ. y Com., se refiere a “los actos puramente conservatorios, de supervisión o de administración provisional, así como los que resultan necesarios por circunstancias excepcionales y son ejecutados en interés de la sucesión” (178) que un autor –en verdad, sin fundamento– asimila a los *actos conservatorios* del art. 161, Cód. Civ. y Com. (179).

Apreciará el lector que no se trata de cuestiones meramente semánticas. En este territorio, como se apuntó en un fallo reciente, menudean cuestiones de gran complejidad en las que subyacen intereses contrapuestos (180).

\*\*\*

Tradicionalmente (181) los *actos conservatorios* se han distinguido de los *actos de administración* y de los *actos de disposición*, asunto que ha tenido bastante ocupadas tanto a la doctrina como a la jurisprudencia (182).

El Código Civil y Comercial también utiliza varias veces los conceptos *actos de administración* y *actos de disposición* (183).

Sin embargo, aunque teóricamente pueden trazarse líneas de separación

(177) FERRER, Francisco A. M., “El derecho de sucesiones en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, RDPD 2012-3-567.

(178) Nótese cuántas categorías de actos introdujo el legislador en esta norma: los *actos puramente conservatorios*, los de *supervisión*, los de *administración provisional*, los que *resultan necesarios por circunstancias excepcionales*, y los que *son ejecutados en interés de la sucesión*.

(179) ROIG, Jaime, “De aciertos y errores; de incorporaciones y olvidos. Las sociedades comerciales en el Nuevo Código Civil y Comercial”, *www.abogados.com.ar*.

(180) CNCom., sala D, 30/3/2017, “Lavorano, María Alejandra c. Gonzalo First SA y otros”, <https://ar.vlex.com/vid/lavorano-maria-alejandra-c-673931097>.

(181) El Código Civil de Vélez empleaba estos vocablos en varios pasajes. Véase al respecto: RIVAROLA, Rodolfo, *Instituciones del derecho civil argentino. Programa de una nueva exposición del derecho civil*, Imprenta Lit. y Encuadernación Peuser, Buenos Aires, t. II, p. 29.

(182) Por ejemplo: BELLUSCIO, Augusto C. - ZANNONI, Eduardo, *Código Civil y leyes complementarias*, cit., p. 843; CCiv. y Com. San Isidro, sala 2ª, 21/2/2002, el Dial-AA1116.

(183) En la tutela (arts. 109 y 127, Cód. Civ. y Com.), en los negocios sujetos a condición (art. 348, Cód. Civ. y Com.), sobre las cosas muebles no registrables en el matrimonio (art. 462, Cód. Civ. y Com.), etcétera.

entre ellos, en la práctica muchas veces se confunden, pues frecuentemente hay actos conservatorios que, al mismo tiempo, tanto pueden ser tildados de *actos de administración* como de *disposición*.

Además, el concepto de *acto de administración* que se emplea en el ámbito societario es más amplio que el que campea en el derecho civil, puesto que en el derecho civil a la *administración* se la identifica con mantener la integridad de los bienes de un patrimonio (184), por lo que enajenarlos o gravarlos normalmente excede esa función (185).

En cambio, en la actividad empresarial, el administrador puede (y debe) disponer de los bienes que usualmente comercializa la compañía sin que sea necesario que se lo autorice expresamente para ello cada vez (186).

\*\*\*

Todavía, dentro de los *actos de administración* podemos diferenciar a los *actos de administración ordinaria* de los de *administración extraordinaria* (187), distingo que ocasiona conflictos interpretativos (188), por ejemplo, cuando se estudian las atribuciones de administración de su propio patrimonio que conserva el concursado (o los administradores de la sociedad concursada) durante la vigencia del concurso preventivo (art. 15, LCQ) (189).

---

(184) OCHOA G., Oscar E., *Derecho civil I. Personas*, Univ. Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 232.

(185) RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. - LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., "Funciones del órgano de administración", <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseAdmSoc02.htm>.

(186) GARRIGUES, Joaquín - URÍA, Rodrigo - MENÉNDEZ, Aurelio - OLIVENCIA RUIZ, Manuel, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 3ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, t. 2, p. 122, citados por RODRÍGUEZ OLIVERA, Nuri E. - LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E., "Funciones del órgano de administración", cit.

(187) El concepto de *actos de administración extraordinaria* posiblemente provenga del derecho canónico. El Código Canónico, en punto al manejo de los bienes eclesiásticos, tiene una disposición que emplea ese concepto (art. 1277) ([http://www.vatican.va/archive/ESL0020/\\_P4P.HTM](http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4P.HTM)).

(188) Si bien en lo que hace al gerenciamiento de las sociedades comerciales la noción tiene un sentido algo diverso, en sustancia responde a la misma inquietud. Por ejemplo: hay actos que no implican desprenderse del dominio de bienes importantes, pero impiden el ejercicio de los derechos del propietario por mucho tiempo. Tal el caso de la locación a largo plazo.

(189) SIERRA DE DESIMONI, María Eugenia, "Incidente de control de la administración. Art. 15 LCQ: su iniciación de oficio y el plan de reorganización empresarial", en ESPERANZA, Silvia (dir.), *Reflexiones procesales*, Mave, <http://dcomercialb.blogspot.com.ar/2012/03/incidente-de-control-de-la.html>.

Respecto de los actos de *administración extraordinaria*, la ley procura que se adopten recaudos especiales, pues es bien sabido que encarar una actividad distinta de la habitual fuerza a ser más audaces y, por ende, a afrontar mayores riesgos (190).

Sin embargo, los actos de administración extraordinaria no siempre son perjudiciales para la propia sociedad o para los terceros. La intrepidez puede generar resultados positivos, situación que ha llevado a la jurisprudencia a redoblar el ingenio para evitar que la tan frecuente utilización de los clichés forenses desemboque en una solución injusta, cuando no absurda (191).

Así y todo hay que reconocer que es más fácil juzgar *ex post* lo hecho por los administradores *ex ante*, empleando conceptos tan etéreos como el de la *razonabilidad jurídica* propios de las medidas cautelares (192), que estar en la piel de esos administradores a la hora de tomar la decisión.

\*\*\*

A mi juicio los actos conservatorios a los que se refiere el art. 161, Cód. Civ. y Com., son aquellos indispensables o convenientes para que la actividad prevista en el objeto social pueda continuar regularmente (193).

---

(190) Tres años después que los grandes escándalos financieros en los EE.UU. abrieron cauce a la Ley Sarbanes-Oxley de 2002, la Comunidad Europea reaccionó con la Recomendación 2005/162/CE para que se fomenten buenas prácticas de manejo de las compañías cotizadas. Así, en España, apareció un Código Unificado de Recomendaciones sobre Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas ([http://www.ecgi.org/codes/documents/unified\\_code\\_jan06\\_es.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/unified_code_jan06_es.pdf)).

En ese documento se aconsejó reservar para la junta general (equivalente a nuestra asamblea) el autorizar o, posteriormente, ratificar, los acuerdos del consejo en materias de *administración extraordinaria*, las que fueron definidas como aquellas que exceden el ejercicio del objeto social.

(191) En un precedente se reconoció que “En algunas sociedades, los administradores pueden hacer prevalecer la conveniencia de afectar la mayor parte del patrimonio social a operaciones totalmente ajenas a las de su objeto social, salvaguardando así la rentabilidad de la empresa en coyunturas económicas de receso, para preservar los intereses de los accionistas, la seguridad de los acreedores y, en fin, la conservación de la empresa, razón por la cual es aconsejable conferir cierta flexibilidad a dicha noción, en beneficio de la actividad comercial y a los fines de que la sociedad pueda obtener un lucro repartible entre los socios” (CNCom., sala A, 18/9/2007, “Drabble Cereal SA s/inc. de revisión HSBC Bank Argentina SA”, Boletín de Jurisprudencia de la CNCom., <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00012/00059424.Pdf>).

(192) CARRANZA TORRES, Luis R., “Razonabilidad y proporcionalidad en el resguardo cautelar”, ED del 25/10/2016, nro. 14.067, comentando el fallo CNCom., sala C, 22/9/2016, “T., L. P. c. P., J. P. s/ejecutivo”.

(193) En ese sentido coincido con Rivero en que los actos conservatorios están

Esto hay que juzgarlo con gran prudencia, no dejándose impresionar por el éxito o el fracaso del resultado de la gestión, pues también cuenta la razonabilidad de los medios empleados tomando en cuenta las circunstancias de tiempo y recursos disponibles.

Desde ese punto de vista el concepto de *actos conservatorios*, en términos generales, viene a coincidir con el de los actos de *administración ordinaria* (194), aunque también puede exceder esa noción.

Así ocurre, por ejemplo, cuando la sociedad que tiene por única actividad productiva ser concesionaria de un tercero, el administrador resuelve la renovación del contrato de concesión. He allí un acto de administración extraordinaria que, no obstante, cabe en la noción de *acto de conservación*.

#### XIV. ¿Quién debe convocar a la asamblea?

El apart. b) del art. 161, Cód. Civ. y Com., como vimos, dispone que “los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución”.

Muy bien, pero ¿quién la debe convocar? La norma no lo especifica (como sí lo hacía el Proyecto de 1998 (195)), motivo por el cual, *a priori*, debiéramos suponer que, conforme a lo prescripto por el art. 236, LGS, lo debe hacer el directorio (196) o, cuando existe (197), el síndico (198).

---

vinculados con la necesidad de preservar los bienes sociales y la actividad comercial de la compañía (RIVERO, Silvana, “Sociedades y contratos asociativos: principales cambios con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, <http://maryva.com/esp/sociedades-y-contratos-asociativos-principales-cambios-con-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>).

(194) GUTIÉRREZ, Pedro F., *Manual de sociedades*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 147; RICHARD, E. Hugo - MUIÑO, Orlando M., *Derecho societario*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 207.

(195) Según adelanté, el art. 164 de dicho Proyecto decía que “Los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea ordinaria, que se convoque al efecto, *por quien los haya realizado...*”.

(196) Lo que requiere reunir el *quorum* y las mayorías respectivas, bajo penal de nulidad (CNCom., sala D, 25/4/2011, “Inspección General de Justicia c. Calimboy SA s/ organismos externos”, MJJ66172).

(197) El art. 284, LGS, en algunos supuestos, permite prescindir de la sindicatura.

(198) El síndico, como lo establece el mismo art. 236, LGS, y el art. 294, inc. 7°, LGS, debe llamar a asamblea cuando lo juzgue necesario, cuando sea requerido por accionistas que representan por lo menos el 5% del Capital Social (si los estatutos no fijaran una representación menor), o cuando omitiere hacerlo el directorio.

Sin embargo, es obvio que, en esas hipótesis de conflicto de alto voltaje, es absurdo llamar a una reunión de directorio para que se resuelva la convocatoria a asamblea sabiendo de antemano que ello será un ritual inútil (199). De manera que, aunque el art. 161, Cód. Civ. y Com., no contenga una excepción explícita a la regla del art. 236 de la LGS, de todos modos el presidente deberá ocuparse del llamado, pues, de otro modo, ni siquiera podría cumplir el plazo de diez días que aquel dispositivo impone (200).

En aquellas hipótesis de sociedades con más de un administrador debe confiarse esa misión al integrante (o a los integrantes) del órgano de administración que ejecutó (o que ejecutaron) el “acto de conservación” (201).

Una futura reforma debiera prescribirlo de modo expreso.

### **XV. ¿Qué ocurre si no se llama a la asamblea dentro del plazo legal?**

La norma nada dice. Ello, en apariencia, nos pone ante un contrasentido, ya que, por lo menos desde Ulpiano, no hay obligación sin sanción (202).

Pero puesto que el art. 2º, Cód. Civ. y Com., establece cómo debe ser interpretada la norma legal, todo parece indicar que la falta de llamado a asamblea dentro del plazo lo único que puede provocar, si hay daño, es una acción para reclamar las indemnizaciones correspondientes (art. 730, apart. c], Cód. Civ. y Com.) (203) y, llegado el caso, la remoción con causa de los administradores morosos (art. 265, LGS).

### **XVI. Qué atribuciones tiene esta asamblea**

La norma que venimos estudiando fuerza al presidente del directorio a convocar a la asamblea dentro de los diez días de haber comenzado la

---

(199) PÉREZ HUALDE, Fernando, “La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.

(200) Roig sostiene que la asamblea debe ser convocada por el presidente, lo que vendría a ser una especie de excepción al mentado art. 236 de la LGS (ROIG, Jaime, “De aciertos y errores; de incorporaciones y olvidos. Las sociedades comerciales en el Nuevo Código Civil y Comercial”, cit.).

(201) ALONSO, Ana C. - CULTRARO, Gustavo, “Un tratamiento ineficaz para la obstrucción (art. 161 del Proyecto de Cód. Civil y Comercial)”, cit.

(202) RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio, *Obligaciones*, 3ª ed., Livrosca, Caracas, 2013, cap. I.

(203) Técnicamente la asamblea hasta podría autoconvocarse conforme el art. 158, apart. b), Cód. Civ. y Com. (SCHNEIDER, Lorena R., “Análisis del régimen de autoconvocatoria asamblearia dispuesto por el nuevo Código”, ED del 1/7/2105, nro. 13.760). Empero, esa es una alternativa ilusoria en estos casos pues, si el bloqueo también afecta a la asamblea, sería virtualmente imposible que concurren todos los socios y que, además, el temario sea aprobado por unanimidad.

ejecución de los actos conservatorios. Ello, al solo efecto de ponerlos en conocimiento de los socios (204).

En ese caso se estaría dando una clase de asamblea desconocida hasta ahora en materia societaria (205): aquella en la que no se debate ni resuelve nada, pues solo tiene fines informativos (206).

\*\*\*

El mismo precepto autoriza a la asamblea a "... conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios" y, en su caso a "... remover al administrador" (207).

Ese breve párrafo encierra unos cuantos problemas (208).

### **XVII. ¿Puede la asamblea tratar y resolver las cuestiones del art. 161, apart. c), Cód. Civ. y Com., aunque no formen parte del orden del día?**

Supongamos que el presidente llama a la asamblea únicamente para informar acerca de lo que viene haciendo, pero no para solicitar aquellas atribuciones excepcionales. Ello sería prudente cuando la asamblea también está afectada por el bloqueo: si la puja entre los accionistas o grupos de accionistas no permite resolver nada, un intento de esa clase haría retroceder todo al primer casillero de este juego de fuerzas. En ese contexto, la paralización alcanzaría su máxima expresión.

Imaginemos que el bloqueo afecta únicamente al directorio. En esa hipótesis, la asamblea que se lleve a cabo en los términos del art. 161, Cód.

---

(204) RIVERO, Silvana, "Sociedades y contratos asociativos: principales cambios con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", cit.

(205) En la Argentina, como en casi todo el orbe, contamos con las asambleas *ordinarias* y las *extraordinarias*. También puede hablarse de la *asamblea constitutiva* (que, por única vez, se conforma para darle nacimiento jurídico a la sociedad) y de las *asambleas especiales*, como las que se dan para los titulares de determinadas clases de acciones.

(206) En algunas entidades, como las organizaciones gremiales, si son frecuentes las asambleas informativas.

(207) Junyent Bas y Meza van más lejos, pues interpretan que la asamblea podría "... confirmar los actos conservatorios, modificar las facultades del órgano de administración, rechazar las medidas dispuestas por la minoría e incluso responsabilizar a ésta por los daños y perjuicios que pudieran haber ocasionado a la persona jurídica" (JUNYENT BAS, Francisco - MEZA, Mariana I., "El régimen de responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas a partir del Código Civil y Comercial de la Nación", cit.).

(208) Para empezar: ¿qué viene a ser la *minoría* que el precepto coloca como alternativo del *presidente*? ¿Qué quiere decir *actos urgentes* y *actos necesarios* y cuáles son las diferencias entre ellos?

Civ. y Com., ¿podría conferirle facultades extraordinarias al presidente si este, al convocarla, no incluyó el tema en el orden del día? El art. 161, Cód. Civ. y Com., ¿constituye una excepción a la regla del art. 246, LGS, que sanciona con la nulidad a las decisiones asamblearias sobre cuestiones no previstas en la convocatoria?

\*\*\*

Antes de dar respuesta a esos interrogantes, para poder entender mejor lo que ocurre con la confluencia entre esos preceptos, debo reiterar que el art. 161, Cód. Civ. y Com., tiene poco que hacer en el Código Civil y Comercial, y que prestaría mejor servicio si fuera exportado a la ley de sociedades.

En efecto, si bien la Reforma introdujo unas cuantas modificaciones en la ley de sociedades y, al mismo tiempo, en el referido Código, trasplantó algunos institutos provenientes de la ley de sociedades, haciéndolos aplicables a todas las personas jurídicas(209), todo parece indicar que lo del *orden del día* referido a las reuniones del órgano de deliberación ha quedado parcialmente olvidado por el Código Civil y Comercial.

En efecto, el Código, para las *personas jurídicas* en general, no disciplina un procedimiento para convocar a las reuniones de dicho órgano denominado consejo. Tampoco presenta ningún precepto referido al *orden del día*, ni impone la nulidad de las decisiones que excedan el temario de la convocatoria; reglas que hubieran sido de utilidad, por ejemplo, para las asociaciones civiles, las simples asociaciones o las fundaciones.

Asombra entonces que, referente al *consorcio de propiedad horizontal* (que el art. 2044, Cód. Civ. y Com., nos aclara que también es una *persona jurídica*), innovando respecto de lo que establecía la ley 13.512 (210), sí se estableció que “Los propietarios deben ser convocados a la asamblea en la forma prevista en el reglamento de propiedad horizontal, con transcripción del orden del día, el que debe redactarse en forma precisa y completa” y que “es nulo el tratamiento de otros temas, excepto si están presentes todos los

---

(209) MANÓVIL, Rafael M., “Algunas de las reformas al régimen societario en el proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 1ª serie, 2ª época, vol. LVII-50, p. 233.

(210) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “La asamblea en la propiedad horizontal y el Código Civil y Comercial de la Nación”, MJD9884; ABELLA, Adriana N. - MARIANI DE VIDAL, Marina, “Algunos temas de propiedad horizontal en el Proyecto de Código 2012”, ED 253-870.

propietarios y acuerdan por unanimidad tratar el tema” (art. 2059, Cód. Civ. y Com.) (211).

Esa norma, aunque está inspirada en el régimen de la asamblea de la sociedad anónima (212), no cuenta con las excepciones del art. 246, LGS (213).

¿Por qué ese dispositivo legal solo rige para la especie (*consorcio de propiedad horizontal*) y no para el género (*persona jurídica*) del que forma parte? Ello únicamente puede atribuirse a un descuido del legislador.

De todos modos –insisto– si el art. 161, Cód. Civ. y Com., estuviera donde debe estar, esto es, en la Ley General de Sociedades y, más específicamente en la regulación de las sociedades anónimas, al menos estos trastornos interpretativos desaparecerían.

Pero puesto que es de buen oficio armonizar las normas jurídicas para darle un sentido racional, volvamos al art. 246, LGS, para ver cómo salir del atasco conceptual.

\*\*\*

El art. 161, apart. c), Cód. Civ. y Com., como vimos, le permite a la asamblea conferir *facultades extraordinarias* al presidente “para realizar actos urgentes o necesarios”. Inmediatamente después agrega: “también puede remover al administrador”.

Comencemos por lo de las facultades extraordinarias pues –como veremos– lo de la remoción del administrador por la asamblea no debiera traer inconvenientes.

El art. 246, LGS, contiene ciertas excepciones a la regla que obliga a la asamblea a tratar y votar únicamente los temas que forman parte del orden del día (214): 1) el caso de la medida dispuesta por una asamblea unánime (art. 237, último párrafo, LGS); 2) “las excepciones que se autorizan

---

(211) Adicionalmente el art. 2067, apart. a), Cód. Civ. y Com., dispone que el administrador tiene el deber de convocar a la asamblea y redactar el orden del día; y el art. 2064, apart. a), Cód. Civ. y Com., le otorga al consejo de propietarios la función de convocar a la asamblea y redactar el orden del día si el administrador omite hacerlo.

(212) GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. V, título V, “Propiedad horizontal”, capítulo 5, “Asambleas”, p. 572.

(213) Además, en las primeras aplicaciones estas reglas fueron juzgadas con rigor (CNCiv., sala D, 9/5/2016, “B. C. y otro c. Cons. Prop. L. s/cumplimiento del reglamento de copropiedad”, MJJ99417).

(214) En cierto modo, el art. 247, LGS, contiene otra, pues habilita a la asamblea a

expresamente en este título”, y 3) la elección de los encargados de suscribir el acta.

El único supuesto que interesa en este tramo de la investigación es el segundo de los enlistados.

Molina Sandoval sostiene que, si bien desde el punto de vista literal, la norma del art. 246, inc. 2º, LGS, sería innecesaria (215), no obstante, si otra norma jurídica especial dispusiera que una cuestión determinada puede ser tratada por la asamblea, no tendría sentido exigir que ese tema formara parte del orden del día bajo pena de nulidad (216).

Estoy de acuerdo con esa tesis y, por lo tanto, entiendo que el art. 161, apart. c), Cód. Civ. y Com., cuando establece que “la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente (...) para realizar actos urgentes o necesarios...” lo puede hacer aunque esa alternativa no integre el orden día (217).

---

pasar a cuarto intermedio por decisión de la mayoría de los socios presentes sin necesidad de una nueva convocatoria.

(215) Es que, como acertadamente se apuntó, la invocación al título es errónea, pues la ley 19.550 no se encuentra dividida en títulos sino en secciones, por lo que la alusión debe entenderse como referida a la sección V (ZALDÍVAR, Enrique - MANÓ-VIL, Rafael M. - RAGAZZI, Guillermo E. - ROVIRA, Alfredo L., *Cuadernos de derecho societario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, t. III, p. 432).

De su lado Molina Sandoval, coincidiendo en que el título al que hace referencia la norma es el quinto, destaca que el título quinto no contiene ninguna excepción a la regla que manda a que la asamblea solo resuelva acerca de los temas que forman parte del orden del día bajo pena de nulidad. Y si bien el art. 276, LSC, permite que la asamblea decida promover la acción social de responsabilidad contra los directores (y su consecuente remoción) aunque el tema no conste en el orden del día, siempre que ello sea consecuencia directa de la resolución de otro asunto que sí esté incluido en el temario, esta norma se encuentra en el título sexto (MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El orden del día en las asambleas de accionistas”, JA del 5/5/2010, p. 3, AP 0003/014948).

(216) MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El orden del día en las asambleas de accionistas”, cit.

(217) Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, tanto la remoción de los directores de una sociedad anónima como la determinación de su responsabilidad, son materia de la *asamblea ordinaria* (art. 234, LGS). En consecuencia, para eso se requerirá el *quorum* y las mayorías estatuidas por el art. 243, LGS. En cambio, la asamblea con fines meramente informativos y la que se ocupe de la concesión de facultades al administrador para realizar actos urgentes o necesarios en los términos del art. 161, apart. c), Cód. Civ. y Com., como lo estatuye el art. 235, LGS, corresponde que se encuadre como *extraordinaria*. Por ende, habrá que conseguir el *quorum* y las mayorías del art. 244, LGS.

De todos modos, como lo que el art. 246, LGS, procura es evitar que se sorprenda a los socios asistentes a la asamblea con cuestiones imprevistas (218), lo que sí debiera quedar perfectamente en claro en la convocatoria es que la asamblea tendrá lugar en los términos del art. 161, Cód. Civ. y Com. De ese modo, como nadie se puede escudar en la ignorancia de las leyes (art. 8º, Cód. Civ. y Com.) no habría espacio para la duda acerca de lo que se puede hacer en esa asamblea.

\*\*\*

Anticipé que, si la asamblea, como también lo prevé el art. 161, Cód. Civ. y Com., intentara remover a uno o más directores, aunque el tema no forme parte del orden del día, podría hacerlo sin contratiempos jurídicos. Es que, siempre y cuando se cumplan las condiciones del art. 276, LSC (219), ello está expresamente autorizado por la ley (220).

### **XVIII. ¿Cuáles son las facultades extraordinarias para realizar actos urgentes o necesarios que la asamblea le puede conferir al presidente o a la minoría?**

Se infiere del art 255, LGS, que la responsabilidad de la administración (salvo en lo que hace a la representación de la sociedad frente a los terceros, función que, en principio, le cabe al presidente (221)) le corresponde al directorio (222) y no a los directores individualmente (223).

Sin embargo, ello no quiere decir que los directores, singularmente, no tengan atribuciones, derechos y obligaciones que le son propias. Como anticipé, es connatural a su función el deber de informarse de lo que ocurre

---

(218) ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2006, t. IV, p. 49.

(219) Nótese que el entorno fáctico del art. 276, LGS, coincide con el del art. 161, apart. c), Cód. Civ. y Com.

(220) DI TULLIO, Osvaldo J., "Remoción y cese de los administradores", MJD5051.

(221) CABANELLAS, Guillermo (h), "Los órganos de representación societaria", RDCO 1991-A-96.

(222) Como anticipé, por ser tan amplias las funciones del directorio no son definidas por la ley, misión que ha dejado en manos del Estatuto, aunque se entiende que no pueden rebasar las atribuciones que le competen privativamente a los otros órganos de la sociedad (BOTTERI, José D. - COSTE, Diego, "La evolución de la jurisprudencia sobre algunos deberes de los administradores societarios", ELDial.com del 14/5/2014, DC1CC0, donde se cita a OTAEGUI, Julio C., *Administración societaria*, cit., ps. 59 y ss.).

(223) Salvo, claro está, el caso del directorio unipersonal, que está permitido por el

en la sociedad, así como concurrir puntualmente a las reuniones del directorio, y deliberar y votar en ellas, todo lo cual debe hacerlo personalmente (art. 266, LGS) (224).

Entonces, hay que deducir que las facultades extraordinarias para realizar actos urgentes o necesarios que la asamblea le puede conceder al presidente del directorio, en principio, son las que competen al directorio como agrupación de personas pero que, en la emergencia, se permite que se asuman de manera unipersonal.

Tampoco hay inconveniente en que la asamblea autorice al presidente del directorio a llevar a cabo determinadas funciones que la ley o el estatuto reservan para la asamblea (225), siempre que ni la ley ni el estatuto prohíban específicamente tal delegación (226).

\*\*\*

Más fácil de resolver es lo referido a la remoción del administrador (227).

Aunque el tema no esté en el orden del día, de todos modos, se puede abordar y resolver, ya que ello está permitido por los arts. 157 y 276, LGS, para las sociedades, por los arts. 176 y 209 del Cód. Civ. y Com., respectivamente, para las asociaciones civiles y fundaciones, por el art. 59 de la ley 20.337 para las cooperativas, y por el art. 14 de la ley 20.321 para las mutuales (228). Tan así es que Pérez Hualde aprecia que la norma en comentario es innecesaria (229).

---

art. 255, LGS.

(224) Aunque algunas funciones puntuales pueden delegarse en un gerente (art. 270, LGS), o en un director en particular o en un comité (art. 269, LGS) (ARAYA, Tomás M., "Los deberes de los directores de sociedades anónimas, la delegación de funciones y la responsabilidad", ED 207-699).

(225) La delegación de funciones no puede ser total (resolución IGI 1504/2003, en "Agromanía SA", [http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/jurisprudencia/comercial/administrativas/soc\\_anonimas/res\\_igj\\_1504\\_agromania.pdf](http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/jurisprudencia/comercial/administrativas/soc_anonimas/res_igj_1504_agromania.pdf)).

(226) CNCCom., sala E, 12/10/2012, "Achinelli, Alberto P. c. Agropecuaria Los Remolinos SA y otros", MJJ76404.

(227) DI TULLIO, Osvaldo J., "Remoción y cese de los administradores", ponencia presentada en el XI° Congreso Argentino de Derecho Societario y VI° Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.

(228) NISSEN, Ricardo A., "Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las personas jurídicas", cit.

(229) PÉREZ HUALDE, Fernando, "La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC", cit.

De todos modos, si el directorio se encuentra bloqueado, por lo general, también lo estará la asamblea. De manera que es bastante difícil que, en ese contexto, la asamblea pueda resolver nada en el marco del art. 161, Cód. Civ. y Com. (230). ♦

---

(230) Bien apunta Pérez Hualde que, sobre el particular, era preferible la redacción del art. 164 del Proyecto de 1998, pues, en su parte final, establecía que “Si en la asamblea no se puede tomar una decisión válida por las mismas razones que impiden hacerlo en el consejo, la persona jurídica queda incurso en causal de disolución” (PÉREZ HUALDE, Fernando, “La obstrucción en la toma de decisiones en el órgano de administración. Análisis del artículo 161 CCC”, cit.).



# SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA

POR JUAN CARLOS VEIGA

La necesidad de desarrollar el espíritu emprendedor y de apoyar e impulsar los pequeños emprendimientos o *start ups*, favoreciendo a las pequeñas y medianas empresas, ha generado políticas públicas impulsadas desde distintos organismos multilaterales, que han creado un verdadero sistema para emprendedores mediante legislación y financiación mixta.

Joseph Alois Schumpeter, economista austríaco, define a los emprendedores como innovadores que buscan destruir el *statu quo* de los productos y servicios existentes, para crear nuevos productos y servicios, ya que las invenciones e innovaciones son la clave del crecimiento económico y quienes implementan ese cambio de manera práctica y sencilla son los emprendedores.

Una vez determinado que el motor del progreso humano son las ideas y que los países de mayor crecimiento son los que han logrado descubrir y utilizar ideas que, si bien por sí solas no generan progreso, en un entorno institucional que otorgue incentivos, logran que las personas utilicen esas ideas de modo eficiente.

Se ha expresado que la falta de educación emprendedora es una de las causas de que no exista cultura emprendedora, resultando así necesario enseñar a emprender desde la educación inicial como acertadamente contempla la ley española 14/2003 de apoyo a los emprendedores.

Pero cabe tener presente que el reconocimiento legal de la sociedad por acciones simplificada responde principalmente a la necesidad de facilitar el acceso a la personalidad jurídica para la concreción de actividades económicas, y posibilitar la separación del patrimonio personal del emprendedor o pequeño empresario.

La personalidad jurídica que la ley confiere a las sociedades no es más que un medio o recurso para permitir la imputación diferenciada de conductas, ya que las sociedades, como personas jurídicas privadas, carecen en sentido estricto de capacidad y solo son beneficiarias de una

legitimación para actuar en un determinado ámbito para el que se encuentran habilitadas.

La regulación legal que promueve e incentive la creación de nuevas empresas y su posterior desarrollo requiere de procedimientos eficientes y también de normas que no por flexibles resignen transparencia.

El marco institucional que favorece la creación de empresas muy pequeñas difiere del que puede favorecer a un emprendimiento de alto potencial de crecimiento y con posibilidades de generar puestos de trabajo en gran cantidad.

Los cambios sociales, económicos y tecnológicos han servido de fundamento para los grandes cambios que experimenta el derecho societario desde las últimas décadas del siglo XX y que el nuevo siglo muestra profundizado. Una tendencia hacia la desregulación, acentuando el postulado de la autonomía de la voluntad, se exhibe en una normativa que posibilita la más amplia libertad contractual en la regulación de las relaciones de quienes constituyen una sociedad comercial o emprenden el desarrollo de los negocios.

Uno de los debates más encendidos en el derecho societario contemporáneo es el relativo a la mayor o menor flexibilidad de las normas que regulan a las sociedades comerciales, y si bien, como dijimos, hoy parece encaminarse hacia la reducción de los preceptos imperativos, también es cierto que se reconoce la necesidad de conservar ciertas normas de orden público que rigen las relaciones de accionistas, terceros y administradores, en protección del mercado, del crédito y de los mismos terceros, particularmente en aquellas sociedades que cotizan sus acciones en mercados públicos de valores.

Yves Guyon nos recuerda que sea que la sociedad se considere como un contrato, una institución o una técnica de organización de la empresa, está sometida a numerosas reglas de orden público.

Las reformas que la ley 26.994 ha dispuesto sobre la normativa societaria y ahora esta ley 27.349, que incorpora un nuevo tipo a los ya consagrados por la ley 19.550, significan un cambio trascendente en el régimen societario argentino y un verdadero cambio de paradigmas.

La posibilidad de constituir sociedades con limitación de responsabilidad, como unipersonales, establecer que todas las sociedades, sean o no tipificadas, son personas jurídicas de carácter privado y como tales poseen atributos de personalidad (nombre, domicilio, patrimonio, ob-

jeto) y se manifiestan como sujetos distintos a sus integrantes, admiten una identificación esencial entre la noción de sociedad y la de persona jurídica.

La sociedad comenzará a regir desde su constitución y no cuando se aprueben e inscriban sus estatutos. La personalidad jurídica se adquiere desde el acuerdo de voluntades, no sujeta a la inscripción o autorización administrativa en cada caso.

Pareciera entonces que el imperativismo normativo va quedando atrás frente al avance de la autonomía de la voluntad de las partes en el contrato de sociedad, respondiendo así a la lógica y fundamentos expresados por los autores del proyecto del nuevo Cód. Civ. y Com.

La sociedad anónima unipersonal, como subtipo de la sociedad anónima, dejó de lado el paradigma de concebir a la sociedad únicamente como un contrato plurilateral de organización que requiere el acuerdo de dos o más voluntades para admitir la constitución de una sociedad a partir de una declaración unilateral de voluntad, como también habilitar –en los supuestos del art.14 bis– que ciertas sociedades, originariamente pluripersonales, puedan devenir en sociedades unipersonales.

En este contexto, se ha dictado la ley 27.349 de apoyo a la actividad emprendedora, que reconoce tres ejes cuya articulación resultará esencial para alcanzar el objetivo propuesto. El primero: “Rol del Estado y disposiciones generales”; el segundo “Financiamiento”, y el tercero: “Sociedad por acciones simplificada”. A este último dedicaré mis reflexiones en esta oportunidad.

La sociedad por acciones simplificada no ha sido incorporada a la Ley General de Sociedades, sino que se optó por un cuerpo normativo autónomo para las nuevas empresas, especialmente dirigida a los emprendedores y a las pequeñas y medianas empresas ofreciendo a las mismas un nuevo tipo societario para su organización, con un marco normativo más flexible, más dinámico y de plazos abreviados.

El legislador ha fijado, como objetivos, abaratar el costo inicial de la constitución de sociedades, en procura de modelos que logren rápida inscripción, simplificación de la operatoria jurídica y comercial, revitalizando la debilitada sociedad unipersonal.

Este tipo de sociedades reconoce un desarrollo en múltiples países, con éxito indiscutido y en algunos casos con uso excluyente con respecto a otro tipo de sociedades, avalando así el reclamo empresarial de resistencia a tipos

sociales esquematizados y excesivamente regulados, y que han quedado reservados para sociedades abiertas y cotizantes.

En Francia, la sociedad por acciones simplificada fue creada por ley 94-1 del 3 de enero de 1994, pasando a integrar los arts. 227-1 y ss. del Código de Comercio, y modificada en profundidad por la ley 99-587, dictada el 12/7/1999, y por la ley 420 –en el año 2001–. Ofrece dos opciones: La sociedad por acciones simplificada (SAS) con varios accionistas o la sociedad por acciones simplificadas unipersonal (SASU) con un solo accionista. Esta subespecie asociativa se ha convertido en una opción asociativa de reveladoras ventajas para los empresarios de ese país.

Yves Guyon señala que la ventaja esencial de esta nueva forma consiste en escapar casi por completo a las reglas de orden público que gobiernan las asambleas de accionistas y los órganos de dirección y de administración de las sociedades anónimas. La sociedad presenta gran flexibilidad para su organización y funcionamiento, en beneficio de la eficacia relacionada con la concesión de la personalidad jurídica y la consecuente restricción en la responsabilidad de los asociados hasta el momento de sus aportes.

Si bien tiene la categoría de tipo societario autónomo, conserva un régimen jurídico parcialmente construido por su remisión al de las sociedades anónimas

España sancionó la ley 7 de 2003 de Nueva Empresa estructurando la sociedad simplificada bajo el tipo de sociedad de responsabilidad limitada a cuyo régimen legal se remite denominando “participaciones sociales” a las cuotas de capital.

El derecho alemán, uno de los primeros países de Europa Continental en admitir la sociedad unipersonal bajo el tipo de sociedad de responsabilidad limitada en 1981, sancionó la denominada “Ley de sociedades por acciones de pequeñas dimensiones y de desregulación de los derechos de accionistas”, acogida favorablemente por la doctrina que, en la autorizada palabra de K. Schmidt, considera que es un cambio de rumbo frente a disposiciones demasiado rígidas, aunque otros autores ven más la introducción de un criterio político jurídico tendiente a reducir las formalidades del régimen jurídico de las sociedades por acciones.

La normativa alemana excluye a las sociedades cotizadas y se aplica de modo exclusivo a las sociedades cerradas, es decir, direccionada a las empresas o emprendimientos de carácter familiar. Se les aplica supletoriamente las normas de la sociedad anónima.

En Colombia, la ley 222 de 1995 admitió la empresa unipersonal de responsabilidad limitada con personalidad jurídica a partir de la fecha de inscripción en las Cámaras de Comercio respectivas, y la sociedad por acciones simplificada es introducida en el sistema societario por ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 con carácter independiente y autónoma.

Reconoce como antecedente la ley francesa y uno de los principios inspiradores fue el de más amplia autonomía contractual en la redacción el contrato social, buscando agilizar los trámites de constitución, limitar la responsabilidad de los socios y establecer un objeto social indeterminado entre otras prerrogativas.

La nueva forma asociativa tuvo gran éxito, y ya en el año 2011 las SAS constituían cerca del 90% de las sociedades nuevas matriculadas, porcentaje que hoy alcanza el 95% de las sociedades que se constituyen, superando el número de 300.000 de este tipo.

México, por decreto de fecha 14 de marzo de 2016, modificó la ley general de sociedades mercantiles resolviendo la aplicación supletoria de las normas de la sociedad anónima a las sociedades por acciones simplificada, a las que define como “aquella que se constituye con una o más personas físicas que solo están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso, las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil si su participación les permite tener el control de la sociedad o su administración”.

En Chile, la “sociedad por acciones” (SpA), creada por ley 20.190 e incorporada al Código de Comercio, dispone que “la sociedad se registrará supletoriamente y sólo en aquello que no se contraponga con su naturaleza, por las normas aplicables a las sociedades anónimas cerradas”.

La referencia al derecho comparado, siempre necesaria en el análisis de un instituto jurídico o en el comentario a un texto legislativo, resulta útil toda vez que los antecedentes fueron: la ley mejicana en lo relacionado al sistema de medios electrónicos que prevé la normativa; la ley chilena en orden a que no haya un objetivo único y mantener el proceso constitutivo clásico pero abreviado; la ley colombiana en cuanto prohíbe la transferencia de acciones por más de 10 años, en tanto otorga libertad de facultades al directorio, y si bien parece haberse omitido otros antecedentes de los modelos legislativos de Francia y España, evidentemente se tomó la idea original francesa de hacer sociedades unipersonales de responsabilidad limitada y luego sociedades por acciones simplificadas, con la diferencia de que en Francia son dos institutos diferentes como bien lo señala Marzorati.

En nuestro país debemos recordar intentos legislativos anteriores, como el Proyecto de 1992 que incluía la sociedad simple por acciones.

La ley sancionada el 29 de marzo de 2017 y promulgada el 11 de abril de 2017, al ser la primera sociedad de nuestro derecho positivo que podrá ser constituida y registrada por medios digitales, con utilización de firma digital y notificación electrónica, requería de reglamentación por la autoridad del Registro Público.

En la ciudad de Buenos Aires, la Inspección General de Justicia dictó en fecha 26 de julio de 2017 la resolución general 6/2017 como norma complementaria del título III de la ley 27.349 que establece un texto de instrumento constitutivo tipo y reglamenta cuestiones más complejas, tales como las distintas formas de tramitación de las inscripciones, determinación de los datos y documentos registrables y la creación de un Registro Digital de Sociedades por Acciones Simplificadas. La mencionada norma expresa que, respecto de la SAS, la IGJ tendrá a su cargo *exclusivamente funciones registrales*.

En Tucumán, la Dirección de Personas Jurídicas dictó, con fecha 29 de junio de 2017, la resolución 167/2017, que estableció las condiciones y requisitos mediante un procedimiento de inscripción abreviado y efectivo, y un modelo tipo de instrumento constitutivo para estas sociedades.

Desde el día 1/9/2017 se han registrado en esta provincia la constitución de treinta sociedades por acciones simplificada en un trámite de dos horas desde la presentación, con o sin estatuto tipo. Curiosamente no se ha inscripto ninguna sociedad anónima unipersonal de la ley 19.550, desde la reforma de la ley 26.994.

Córdoba lo hizo a través de la resolución general 15/2017 que regula el proceso de inscripción de la SAS como el instrumento constitutivo tipo.

La sociedad por acciones simplificada es un nuevo tipo societario, autónomo, estructurado, con base en la sociedad de responsabilidad limitada que actúa como de aplicación supletoria en lo que no esté contemplado en la ley o el estatuto social. Es pues, como ha sido calificado por algunos autores, un tipo social de carácter híbrido que combina elementos de las sociedades por cuotas sociales y de las sociedades por acciones.

El derecho comparado que hemos citado no adoptó modelos híbridos como el que la ley 27.349 ha creado, un tipo superador de la sociedad anónima unipersonal, ya que es más simple, menos vigilada, unipersonal, en

la que el dueño único tiene todas las acciones y responde solo por la integración del capital invertido en acciones.

Quizás por ser un híbrido tan especial, nuestra ley tiene su ubicación fuera del Código y de la ley de sociedades generales, que la hace diferente en su génesis por los fundamentos y sus objetivos, ya que el nacimiento está asociado al desarrollo del concepto de emprendedor, a su financiación, a la participación del inversor y la captación de fondos de terceros vía Internet.

Estamos en presencia de una ley que revoluciona el sistema, pues crea una regulación propia específica, esto es, un nuevo modelo societario basado en normas disponibles para las partes, más las imperativas tipificantes, y donde la ley general de sociedades es de carácter supletorio a la que se recurre excepcionalmente en caso de necesidad integrativa.

Existen tres casos en que la remisión a las normas de la ley 19.550 es expresa:

- a) Para la disolución y liquidación (arts. 55 y 56 de la ley 27.349).
- b) Si se utiliza órgano de fiscalización (art. 53).
- c) Obligaciones y responsabilidades de administradores y representantes legales (art. 52). Se aplican las normas del art. 157, LGS.

La autonomía de la voluntad de las partes es el elemento central de la relación asociativa o estructural de funcionamiento del nuevo tipo societario: digitaliza su constitución, los sistemas de registración social y contable, genera un sistema de resolución de conflictos intrasociales vía los tribunales arbitrales y desacraliza la teoría de la función del capital social.

Ninguna sociedad legislada con anterioridad en el derecho argentino regula en detalle las sociedades cerradas, aun creando tipos societarios rígidos.

¿Cuáles son los aspectos centrales del nuevo modelo de sociedad?

En rigor, jurídicamente estamos frente a una sociedad creada por la ley 27.349 como una persona jurídica de carácter privado cuyo patrimonio se independiza del patrimonio de sus socios o de su único integrante, adquiriendo la SAS dicha personalidad jurídica desde el momento que se otorga el instrumento constitutivo. Esta es otra diferencia con los modelos de Colombia, Chile y Méjico, donde la personalidad se adquiere con la inscripción en el Registro Público.

Podrán ser constituidas por una o varias personas humanas o jurídicas, quienes limitan su responsabilidad a la integración de las acciones que suscriban o adquieran, sin perjuicio de garantizar solidaria e ilimitadamente la integración frente a terceros (art. 43).

La SAS unipersonal no puede constituir ni integrar otra SAS unipersonal, conforme a la prohibición de la LGS (art. 1°) para las sociedades anónimas unipersonales.

La constitución podrá realizarse por instrumento público o privado con firmas certificadas, por medios digitales con firma digital y conforme a la reglamentación que en cada jurisdicción se dicte.

Se deja establecido que los registros podrán establecer modelos tipo para su aprobación a las 24 horas de presentada en sede registral.

El contenido del instrumento constitutivo es similar al exigido para la constitución de las sociedades en la ley 19.550, comprendiendo los datos particulares de sus integrantes, según sea persona humana o persona jurídica. Además deberá constar la organización de la administración, de las reuniones de socios y de la fiscalización en su caso, así como las reglas de distribución de utilidades y soporte de las pérdidas. Finalmente, los derechos y obligaciones de los socios y las cláusulas de disolución y liquidación de la SAS.

El instrumento constitutivo puede prohibir la transferencia de las acciones, estén o no integradas, por un plazo de hasta 10 años, con posibilidad de sucesivas renovaciones por igual período con la conformidad de la unanimidad de los socios. Esta disposición no está prevista en la ley 19.550 para las sociedades por acciones y sirve para defender al núcleo emprendedor, siendo útil seguramente para las sociedades de familia y para el control político de la SAS por el emprendedor.

Presentada la documentación correspondiente ante el Registro Público y cumplidas las exigencias reglamentarias, si se adopta el modelo tipo, la registración será realizada dentro de las 24 horas desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación pertinente.

El discutido y vetusto concepto del objeto único, especialmente para las sociedades anónimas, está descartado en la SAS que permite tener objetos múltiples aun cuando no tengan conexidad entre sí, pero exige que deberá enunciar en forma clara y precisa las actividades principales que constituyen el mismo. Asimismo, prohíbe a los Registros Públicos limitar el objeto mediante normas reglamentarias.

El Registro Público de Tucumán, como anexo al modelo tipo, ha establecido cuatro opciones de cláusulas del objeto de la sociedad: comercial, de servicios, inmobiliaria y agropecuaria.

El plazo de duración de la SAS debe ser determinado, mientras en el derecho comparado predomina el criterio de permitir el plazo indefinido (ley colombiana).

En cuanto a la organización de la sociedad, el art. 49 estipula que los socios tienen plena libertad para determinar la estructura orgánica de la sociedad y para fijar las normas que rijan el funcionamiento de los órganos sociales, señalando que los órganos de administración, de gobierno y de fiscalización (si se incluye) funcionarán de conformidad con las normas previstas por la ley en el instrumento constitutivo o estatuto social y supletoriamente por las disposiciones aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada más las disposiciones generales de la ley 19.550.

El órgano de administración, sin denominación en la ley, reviste carácter necesario e irremplazable y puede ser un órgano unipersonal o pluripersonal. El estatuto deberá establecer las reglas de actuación del órgano de administración y podrán aplicarse las pautas que la Ley General de Sociedades fija para el funcionamiento de la administración de la sociedad de responsabilidad limitada.

El administrador debe ser persona humana, uno o varios, y será designado por tiempo determinado o indeterminado, que puede alcanzar toda la vida de la persona humana o de la sociedad.

No exige reuniones periódicas del órgano de administración, quedando librado a las partes, pudiendo los miembros autoconvocarse sin citación previa y realizarse las reuniones en la sede social o fuera de ella, recurriendo a los medios de comunicación simultánea.

En la sociedad unipersonal se presenta la particularidad de que tratándose de una sociedad carente de pluralidad de miembros, desaparecen las necesidades a las que obedece la doctrina de los órganos sociales, disponiendo la ley la obligación de publicar la unipersonalidad y documentar las decisiones del socio único incluidas las operaciones de autocontratación.

El órgano de gobierno de la SAS es la reunión de socios accionistas: pueden hacerlo fuera de la sede social, comunicados simultáneamente, y son válidas las resoluciones sociales que se adopten por el voto de los socios, comunicando al órgano de administración dentro de los diez días por cualquier procedimiento que garantice su autenticidad.

Se trata de un órgano de gobierno sustancial en la organización, que no ejerce la representación de la sociedad ante terceros y tiene por objetivos tratar y resolver todos los asuntos de su competencia para la mejor consecución del fin social. Las resoluciones de órgano de gobierno que se tomen serán válidas si asisten los socios que representen el 100% del capital social y el orden del día es aprobado por unanimidad (art. 49, última parte). Esto, sin distinguir entre asambleas ordinarias o extraordinarias.

En las SAS unipersonales, las resoluciones del órgano de gobierno serán adoptadas por el único socio, quien deberá dejar constancia de las resoluciones que adopte en actas asentadas en los libros de la sociedad.

En orden al capital social representado, como se ha dicho, en acciones (nominativas no endosables), de modo semejante a lo previsto para las sociedades anónimas en general, aunque con matices propios de las nuevas SAS.

El capital social tiene las funciones de: a) productividad; b) determinación de la posición del socio en la sociedad; c) garantía ante los acreedores sociales.

Establece un capital mínimo (dos salarios mínimos vital y móvil), un régimen de suscripción e integración y el de aportes (bienes dinerarios o bienes no dinerarios), como también el régimen de aumento del capital y hasta regula la figura tan controvertida de los aportes irrevocables.

El exiguo capital social exigido y la limitación de responsabilidad hace ineludible la necesidad de publicidad suficiente y registración, y por sobre todo, la obligatoriedad de que la sociedad opere poniendo de manifiesto el tipo social que conforma, o sea, la denominación social y el agregado de sociedad por acciones simplificada o directamente SAS bajo sanción de responsabilizar ilimitadamente a los socios por los actos dados y el eventual perjuicio a terceros.

Para constituir y mantener su carácter de sociedad por acciones simplificadas, la misma no podrá estar comprendida en ninguno de los supuestos del art. 299, incs. 1°, 3°, 4° y 5°, es decir, las sociedades anónimas que hagan oferta pública de sus acciones a las sociedades de economía mixta, a las SAPEM, a las que realice operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros y a los entes que exploten concesiones o servicios públicos.

Tampoco podrá ser controlada por una sociedad anónima comprendida en el art. 299, LSG, ni estar vinculada en más de un 30% de su capital a una sociedad incluida en el mencionado art. 299, LGS.

Si las SAS deviene comprendida en alguno de los supuestos de los incisos 1° y 2° del art. 299 de la LGS, deberá transformarse en alguno de los tipos de dicha ley e inscribir tal transformación en el Registro Público en un plazo de hasta 6 meses de configurado dicho supuesto. Durante ese plazo, los socios responderán frente a terceros en forma solidaria, ilimitada y subsidiaria sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

En materia societaria, el régimen de contabilidad y los estados contables al que están sometidas las sociedades se integra bajo dos lineamientos normativos:

- a) El general previsto por el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 320 a 331;
- b) El específico previsto por la LGS (arts. 61 a 73).

A ello se agregan las prescripciones de la ley 27.349 para estas sociedades, que, al ser muy limitadas, serán directrices las normas de la LGS con la sola aplicación de las normas del Cód. Civ. y Com. que suplan omisiones de la legislación societaria.

El art. 58 de la ley específica establece que deberá llevar contabilidad y confeccionar sus estados contables que comprenderán su estado de situación patrimonial y un estado de resultados que debe asentarse en el libro de inventario y balances.

Prevé que la AFIP determine la forma y contenido de presentación de los estados contables, a través de aplicativos o sistemas informáticos electrónicos de información abreviada.

Prescribe que deberán llevar cuatro libros en forma digital: libro de actas, libro de registro de acciones, libro diario y de inventario y balances.

La ley adopta el sistema de registros digitales desplazando la opción prevista por el art. 61 de la LGS de poder llevar la contabilidad por medios manuales y digitales.

Reitero que resultan aplicables en forma supletoria las normas de los artículos 320 y ss. del Cód. Civ. y Com. para las personas jurídicas privadas.

El estatuto de las SAS, sus modificaciones y los poderes y revocaciones que otorguen sus representantes podrán ser otorgados en protocolo notarial electrónico cuando puedan ponerse en práctica en todo el país y en las jurisdicciones locales, mientras tanto se usarán los módicos y rituales poderes por escritura pública.

Finalmente, se dispone que las sociedades constituidas conforme a la LGS podrán transformarse en SAS, debiendo dictar los Registros Públicos las normas aplicables al procedimiento para la transformación.

El último artículo dedicado a las SAS reafirma que le serán de aplicación las disposiciones de la ley de contrato de trabajo y en particular las referidas a las responsabilidades solidarias que establecen los artículos 29, 30 y 31 de la mencionada ley laboral.

La ley no expresa la consecuencia que deriva de la omisión de incorporar alguno de estos requisitos al instrumento de constitución, excepto el caso de no identificar el tipo social en la denominación social, que en tal caso es sancionado con la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, administradores o representantes.

### **Conclusiones**

Esta iniciativa de legislar en materia de facilitación y apoyo al desarrollo de nuevas empresas es, sin duda alguna, positiva, toda vez que reconocemos en la empresa privada el instrumento que más ha contribuido al desarrollo económico y al cambio social desde la revolución industrial hasta estos tiempos.

De igual manera ponderamos que las pequeñas y medianas empresas son las que más contribuyen al PBI de un país, en especial los no desarrollados, a la vez de ser generadoras de mayor empleo en una Nación.

Como consecuencia de ello, cabe demandar que la legislación y acciones de gobierno se dirijan a fomentar el desarrollo de emprendimientos, creando una red de normas y mecanismos que sirvan de aliciente a las iniciativas empresarias.

En el universo jurídico societario es cada vez mayor la aceptación de la sociedad unipersonal como persona jurídica privada, aun cuando sean diferentes los regímenes y regulaciones.

El antiguo debate de si deben o no admitirse las sociedades unipersonales como personas jurídicas privadas ha quedado atrás, y la mayoría de las legislaciones se han pronunciado a favor de admitir que un sujeto

podiera desdoblarse su personalidad jurídica en relación con su patrimonio y tener una actuación plural restringida solo a sí mismo, bajo diferentes consideraciones jurídicas.

Las reformas que la ley 26.994 ha introducido a la ley 19.550, y ahora la nueva sociedad regulada por la ley 17.394, han causado un verdadero cambio de paradigma en el derecho societario nacional, siguiendo la evolución del derecho comparado y el reclamo de un gran sector de la doctrina nacional.

No estamos en presencia de un retoque de la legislación vigente, sino que es una transformación radical de la estructura legal vigente en materia de sociedades comerciales a fin de dar respuesta a los empresarios noveles.

La tecnología, los circuitos digitales y las nuevas formas de expresión y registración de datos han incorporado novedosas normas al derecho que debe acompañar el desarrollo empresario, así como a las nuevas formas de realizar los negocios. Esas normas no solo son las de fondo, sino también las disposiciones reglamentarias.

Las resoluciones dictadas por los organismos de contralor van clarificando para facilitar su implementación práctica, abriendo nuevos caminos para un cambio que será ineludible.

Es novedoso y no responde a nuestra costumbre en la cultura jurídica admitir leyes complementarias por fuera del régimen ya instaurado. En nuestro sistema jurídico debemos avanzar prontamente hacia reformas indispensables cuya eficacia se ha demostrado en diversas legislaciones extranjeras.

El desafío es continuar con la evolución que ha iniciado nuestro derecho corporativo, entender cuáles son los principios de la sociedad por acciones simplificada y alejarla de los principios de corte imperativo.

Una valoración de las SAS permite rescatar su ingreso al sistema societario argentino, aun hecho por fuera de la ley de sociedades, para iniciar un proceso de modernización de dicha ley, postergado en oportunidad de la unificación de los Cód. Civ. y Com.

Abogamos para que el proyecto de una nueva ley de sociedades, con la experiencia que aporte el transitar de las SAS, posibilite los ajustes a su texto, dejándolas en una legislación especial o incorporándola a la LGS como un subtipo de características propias, siempre como normativa especial con relación a la persona jurídica.

Allí será la oportunidad de depurar sociedades inexistentes que solo permanecen en el texto de la ley 19.550.

La SAS, además de ser sociedad de emprendedores, puede ser la sociedad que requiere la empresa familiar, supliendo a muchas sociedades anónimas cerradas a las que les queda grande dicho tipo societario y que podrán transformarse en sociedades por acciones simplificada.

Es tarea a cumplir el definir los límites máximos de una SAS, ya que la ley no ha fijado un capital máximo, a la vez de exigir un capital mínimo difícil de compatibilizar con aportes accionarios de capital de riesgo, que no pueden superar el 30% del capital social.

Hasta que ello ocurra debemos evitar que el trámite *express* de inscripción registral (si se adopta el estatuto modelo) no sea un incentivo restrictivo y peligroso para desalentar el camino de la libertad en el diseño estatutario que se adapte a las necesidades de los socios y del emprendimiento.

La experiencia nos autoriza a dudar sobre la bondad de los “modelos” constitutivos que globalizan imperativamente la autonomía de la voluntad, principio que es fundamental garantizar en el diseño de los estatutos sociales.

Asumamos la difícil tarea de conciliar una ley de corte imperativo, regulatoria de los tipos societarios y con poco margen a la libertad contractual, con una ley flexible, en la que predomine la subsidiariedad de las normas junto con una mayor libertad a las partes para autorregularse. Dicho esto, no significa que por dotar a las SAS de agilidad y transparencia se deba prescindir de controles que eviten preventivamente su empleo espurio.

Las sociedades por acciones simplificada serán seguramente un tipo societario aglutinante y una opción preferente para la constitución de nuevas sociedades y quizás excluyentes para las nuevas Pymes.

Muy poco espacio quedará para las sociedades anónimas unipersonales que cumplirán un rol eficiente para las empresas multinacionales con sucursal en nuestro país o para las grandes empresas nacionales en expansión, o que desean diversificar su objeto.

El desafío de apoyar la iniciativa que nos ofrece la ley 27.349 va acompañado de la necesidad de reflexionar y dejar así planteadas las dudas que la nueva normativa y su reglamentación nos genera. Es que en definitiva de eso se trata el análisis de un instituto jurídico novedoso como el que hoy analizamos. ♦

# CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES QUE HACEN OFERTA PÚBLICA DE SUS ACCIONES

POR DANIEL VERGARA DEL CARRIL

Ni en la ley de sociedades 19.550 ni en sus posteriores reformas parciales encontramos un capítulo dedicado a las características de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones en uno o más mercados bursátiles. No obstante, nuestro ordenamiento societario, al abordar la sociedad anónima, hace referencia a ciertos tratamientos diferenciales para ese tipo de sociedades.

El artículo 299 las incluye dentro de la fiscalización estatal permanente. El artículo 188 permite aumentar indefinidamente el capital social sin necesidad de reformar su estatuto. El artículo 194 admite que la asamblea extraordinaria reduzca hasta un mínimo de 10 días el plazo para ejercer el derecho de preferencia. El artículo 202 permite que la emisión de nuevas acciones con prima de emisión la disponga la asamblea ordinaria, pudiendo delegar su fijación en el directorio. El artículo 208 les da la posibilidad de emitir certificados globales de acciones integradas para su inscripción en entidades de depósito colectivo, como es la Caja de Valores SA que también lleva el registro de las acciones escriturales. El artículo 216 establece que no pueden emitirse acciones de voto plural una vez que la sociedad haya sido autorizada a hacer oferta pública de sus acciones. Solamente han subsistido aquellas acciones de voto plural que estaban emitidas antes de la sanción de la ley de sociedades o las emitidas posteriormente con autorización de una ley especial, como es el caso del Banco Hipotecario. El artículo 217 restablece el voto de las acciones preferidas cuando se suspenda o retire la cotización de sus acciones. Conforme al artículo 237, si bien es posible convocar simultáneamente asambleas en primera y segunda convocatoria, ello no resulta admitido cuando la sociedad hace oferta pública de sus acciones. De acuerdo con el artículo 255, en esas sociedades no se admiten directorios unipersonales. Deben tener un mínimo de tres directores y de hecho tal número es mayor por aplicación de preceptos de gobierno corporativo a los que nos referiremos más adelante. Todos estos supuestos tienen como propósito diferenciar ciertas

normas de la sociedad anónima que resultan incompatibles con el estatuto de la que oferta públicamente sus acciones, a la que denominaremos en lo sucesivo sociedad cotizada.

### **I. La regulación de las sociedades cotizadas**

Durante un largo período de tiempo que se remonta a los albores del siglo pasado, la sociedad cotizada se ha regulado en su accionar bursátil por reglamentaciones elaboradas por la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y en lo referente a las formalidades transaccionales por normas emanadas de las cámaras que agruparon a los agentes de bolsa, en particular el Mercado de Valores de Buenos Aires. La ley 26.813, al regular genéricamente a los Mercados sin mencionar a las Bolsas ha instado a que ambas entidades constituyeran una sociedad denominada Bolsas y Mercados Argentinos SA (BYMA) como supervisora de la cotización de valores negociables en el ámbito jurisdiccional de la ciudad de Buenos Aires.

Cabe destacar que BYMA pidió la oferta pública para cotizar sus propias acciones y abrir de tal manera su capital, lo que provocó un notable incremento de su valor por acción que de una estimación inicial de \$ 57 pasó a superar los \$ 400. BYMA cumple la función de un Mercado acorde con la ley 26.831 y es la controlante de la Caja de Valores SA. En la práctica las autorizaciones de cotización continúan estando a cargo de la Comisión de Títulos de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires por delegación del BYMA.

Por el lado de la oferta pública, la Comisión Nacional de Valores (CNV) funcionó en la órbita del Banco Central hasta el dictado de la primera ley de oferta pública de títulos valores que fue la 17.811 del año 1968. Esta ley le dio autarquía funcional a la Comisión de Valores, reguló la oferta pública de títulos valores, las Bolsas o Mercados en general, el régimen de las emisoras autorizadas a ofertar sus acciones y las operaciones de bolsa y sus garantías. Cumplió un rol muy importante trayendo seguridad y ordenando el sistema para evitar abusos. Separó claramente la oferta pública que quedó en manos de dicho organismo estatal autárquico, mientras la cotización continuó siendo regulada por los reglamentos bursátiles.

En lo que toca al régimen jurídico de la oferta pública, la sociedad cotizada se rigió fundamentalmente por las resoluciones dictadas por la CNV con facultades para incrementar los requisitos de funcionamiento de sus órganos, establecer normas sobre información, confección de balances, ofrecimiento público de acciones, pago de dividendos, instrucción de sumarios, sanciones disciplinarias, otorgamiento, suspensión y retiro de la oferta pública y todo lo referente a la colocación y ofrecimiento público

de acciones y otros valores negociables. El listado de las acciones, una vez obtenida la oferta pública, quedaba bajo el control de la Bolsa con facultades para adoptar un reglamento de cotización sin tergiversar las normas de la CNV.

Las resoluciones sobre oferta pública de la CNV y de cotización de la Bolsa que afectaran a sociedades, sus directores, síndicos o accionistas eran apelables ante el fuero comercial y en la mayoría de los casos resultaron confirmadas. La ley 26.831 de fines del año 2012, a la que luego haremos referencia, transfirió este derecho recursivo de una manera artificial e inexplicable al fuero Contencioso Administrativo Federal y el proyecto de reforma a dicha ley, en vísperas de ser aprobado al escribir estas líneas, devuelve con lógica procesal la competencia para entender en las apelaciones al fuero Comercial.

El 22 de mayo de 2001 se sancionó por delegación legislativa el decreto 677, denominado régimen de transparencia de la oferta pública, por medio del cual se elevaron al rango normativo ciertos preceptos del denominado gobierno corporativo y otros que imponen determinadas obligaciones a la sociedad cotizada y sus órganos de administración, control y auditoría externa. Formalizó la creación del Comité de Auditoría en el directorio con mayoría de directores independientes de modo tal que por lo menos deben integrarlo tres directores. Reguló distintas variables de ofertas públicas de adquisición (OPA) obligatorias o facultativas, incluyendo un régimen sobre participaciones residuales. Modificó las condiciones para el retiro de la oferta pública e individualizó conductas contrarias a la transparencia susceptibles de ser sancionadas. Su capítulo II es muy prolijo y detallado en lo que respecta a las obligaciones de información a cargo del directorio, el Comité de Auditoría, la Comisión Fiscalizadora y los auditores externos. En particular, cabe destacar la obligación de informar sobre los pactos o convenios de accionistas que tengan por objeto ejercer el derecho a voto o el ejercicio conjunto de una influencia dominante en la sociedad cotizada. No innovó en lo estructural respecto a lo establecido en la ley 17.811.

El 29 de noviembre de 2012 se sancionó la denominada ley de mercado de capitales 26.831 que, al margen de confirmar con rango legislativo ciertas modalidades de la oferta pública de valores negociables y normas dictadas por la Comisión de Valores, contiene, en el capítulo III del título II desde el artículo 59 al 79, preceptos específicos aplicables a la sociedad cotizada. Excede el marco de esta presentación analizar cada uno de ellos, por lo que destacaremos los que consideramos esenciales que, a nuestro juicio, son los vinculados al gobierno corporativo, las limitaciones al ejercicio del derecho de preferencia, la adquisición de

propias acciones y las ofertas públicas de adquisición de acciones, a los que trataremos específicamente.

Antes de proceder a encarar el referido análisis cabe destacar que ciertos aspectos de la ley 26.831 resultaron muy preocupantes para el aliento a la apertura del capital a través de la sociedad cotizada. En particular cabe destacar su artículo 20, conforme al cual la CNV podía designar, sin sumario previo ni intervención judicial alguna, veedores con facultad de veto de las resoluciones adoptadas por los órganos de administración de la sociedad. Tanto la designación como las resoluciones del veedor solo podían ser apeladas ante el presidente de la CNV que había participado en su nombramiento. También podía la CNV suspender la actuación del directorio por un plazo de 180 días hasta regularizar presuntas deficiencias encontradas y con facultades de recabar el auxilio de la fuerza pública sin intervención judicial alguna. En este caso la decisión del organismo solo podía ser apelada en única instancia ante el Ministro de Economía y Finanzas, bajo cuyo control operaba la CNV. Esta perniciosa norma, absolutamente contraria a los principios clásicos del derecho administrativo y al régimen de intervención judicial establecido en el artículo 113 de la ley de sociedades, ha sido modificada y dejada sin efecto al restablecer la debida intervención judicial y el aseguramiento del derecho de defensa en la redacción del artículo 45 de la ley modificatoria de la ley 26.831.

De esta forma, la sociedad cotizante ha de contar con la necesaria intervención judicial y derecho de defensa en procedimiento sancionatorio.

## **II. El buen gobierno corporativo**

La instalación de los principios del denominado buen gobierno corporativo ha sido materia de preocupación y propuestas en varios países, el nuestro incluido. Si bien nuestra legislación societaria contiene preceptos dirigidos a la conducta de los administradores (arts. 59, 271 al 274, ley 19.550) resultó necesario que la CNV incorporara a sus normas otros específicamente dirigidos a las sociedades cotizadas.

La tendencia a institucionalizar y plasmar los principios del gobierno corporativo en códigos de buenas prácticas se originó en Inglaterra a fines de la década de los ochenta luego de algunos temblores bursátiles y financieros acaecidos como consecuencia de falta de controles adecuados por parte de los directorios de sociedades cotizantes, lo que originó la elaboración del denominado Informe Cadbury en 1991, preparado por Adrián Cadbury, que elaboró de esta manera un código de buenas prácticas que la Bolsa de Londres recomendó a las sociedades cotizantes. Su aplicación no era obligatoria, pero si dichas sociedades no adoptaban sus

principios debían explicar por qué no consideraban necesario hacerlo. Es el mecanismo que hoy rige en nuestro país desde el año 2008 a través de un extenso cuestionario referido a conductas propias del gobierno corporativo específicamente delineadas por la CNV en su resolución 493/2006. El directorio de la sociedad cotizada debe responder si las cumple y, en caso contrario, explicar por qué no lo hace o cómo las suple.

Con anterioridad, en el año 2002 se había producido una gran turbulencia en los mercados de valores de los Estados Unidos cuando dos empresas líderes, Enron en energía y WorldCom en telecomunicaciones, cayeron en quiebra con una abultada deuda impagable como consecuencia de irregularidades en su conducción y en su información contable. La crisis también puso en duda los controles de auditoría externa, lo que originó la caída de una de las cinco grandes firmas en la materia. La situación instó la sanción de la ley Sarbanes Oxley que produjo un cambio profundo en la metodología de las auditorías y también en los deberes de información a los accionistas y de responsabilidad de los directores. No se trata de un código de reglas de adopción alternativa, sino de una ley con directivas de cumplimiento obligatorio, lo que por reflejo obligó a las sociedades argentinas que abrieron capital accionario en los mercados de Nueva York a adaptarse a algunas de sus normas a pesar de no resultar obligatorias localmente.

De todos modos, tanto el decreto 677/2001, las Normas de la CNV y la ley 26.831, como el proyecto de reforma de esa ley al que hemos hecho referencia (el Proyecto), han impuesto obligatoriamente ciertos principios del gobierno corporativo, tema que la CNV actualmente está siguiendo con especial dedicación y en consulta con instituciones académicas, empresarias y vinculadas a los accionistas. Repasemos las más significativas.

Dentro del directorio debe funcionar un Comité de Auditoría integrado por tres directores, dos de los cuales deben ser independientes. La condición de director independiente requiere no ser miembro del directorio o dependiente de sociedades accionistas que tengan una participación significativa en la emisora (15% del capital social); no ser dependiente de la emisora o haberlo sido en los últimos tres años; no tener relaciones profesionales o pertenecer a una asociación profesional que mantenga relaciones profesionales o perciba honorarios de la emisora por dicha atención profesional o cuando la relación profesional ha existido respecto de accionistas que tengan en la emisora participación significativa; no ser en forma directa o indirecta titular de una participación significativa en la emisora o en una sociedad que tenga en ella una participación significativa o resultar con esas sociedades proveedor de bienes o servicios por importes sustancialmente superiores a los que perciba en su carácter de

director. Tampoco puede ser cónyuge o conviviente legal ni pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de otros directores de la sociedad que no reúnan el carácter de independientes.

La CNV ha considerado en su resolución 730/2018 que la permanencia en su cargo por parte de los directores independientes, por un período de más de 10 años sin rotación, conlleva la pérdida de su condición de director independiente, de modo tal que ese plazo es el máximo de duración en el cargo. El tema no deja de ser polémico si se tienen en cuenta los requisitos estrictos para su designación y las exigencias de formación para ejercer el cargo. No obstante, son varios los países que han limitado temporalmente la permanencia del director independiente.

Cabe preguntarse si el paso del tiempo en el cargo disminuye por acercamiento la independencia. Es humano que así suceda, pero al mismo tiempo el director independiente adquiere con el transcurso del tiempo una importante experiencia sobre los aspectos vinculados con la marcha de la empresa y sus posibilidades, y si no hubiera dado señales de la pérdida de independencia, podría ser frustrante su desvinculación por el transcurso de un plazo de tiempo. Tal vez, dado que el director independiente tiene como una de sus misiones velar por los derechos de los accionistas minoritarios, la presentación de una encuesta entre los mismos con un porcentaje destacado de conformidad para que el director independiente siga actuando, podría ser una solución equitativa del interrogante.

La opinión del Comité de Auditoría es imperativa para la adopción de varias decisiones por parte de la sociedad o el propio directorio, como la designación de auditores externos, la razonabilidad de las propuestas de honorarios y planes de opciones sobre acciones de los directores y gerentes de la sociedad, el cumplimiento de las exigencias legales y razonabilidad de las condiciones de emisión de acciones o valores convertibles en acciones cuando se aumenta el capital con exclusión del derecho de preferencia. También emite opinión en casos de operaciones con partes relacionadas y toda vez que, conforme lo determine la CNV, exista un caso de conflicto de intereses.

Finalmente, el Comité de Auditoría supervisa el funcionamiento de los sistemas de control interno y la fiabilidad del sistema administrativo contable y de la información financiera o de otros hechos significativos que deben ser presentados a la CNV, como así también la aplicación de políticas en materia de información sobre la gestión de riesgos y la verificación del cumplimiento de normas de conducta en el directorio. Adicionalmente, revisan los planes de los auditores externos e internos, evalúan su desempeño en ocasión de la presentación de los estados

contables anuales e informan sobre los honorarios facturados, tanto por la autoría externa como por los servicios especiales prestados, en especial la verificación del cumplimiento de controles internos, cuestiones impositivas, certificaciones exigidas por los órganos de control y participación en prospectos. Una síntesis de las funciones cumplidas queda exteriorizada en un informe especial que se incluye en los estados contables anuales.

También es propio del gobierno corporativo una adecuada y pronta información respecto de la presentación de las memorias y los balances y de todo hecho significativo para los accionistas. Es así como el artículo 60 de la ley 26.831 establece que la memoria debe incluir como información adicional la política comercial y planificación financiera y de inversiones, aspectos vinculados a la toma de decisiones, los controles internos, la política de dividendos recomendada por el directorio y las modalidades de su remuneración y la de los cuadros gerenciales. Los plazos de presentación de la memoria y balance se acotan respecto de los establecidos en la ley de sociedades. Deben ser presentados no más allá de 70 días de cerrado el ejercicio y la asamblea debe tratarlos dentro de los cuatro meses de dicho cierre, en tanto la ley 19.550 establece un plazo de convocatoria dentro de los cuatro meses pero la asamblea puede reunirse con posterioridad. Los balances intermedios trimestrales son de presentación obligatoria dentro del plazo de 42 días de cerrado el trimestre. Si bien no necesitan ser sometidos a la auditoría externa como los anuales, deben brindar una información completa sobre activos y pasivos, resultados y cuadro de situación de cambios en el patrimonio neto con las correspondientes notas al balance.

Cualquier hecho relevante que pueda tener influencia en el curso de la cotización de la acción debe ser informado de inmediato para que la CNV lo difunda en su autopista financiera. Igual notificación se extiende al BYMA a efectos de ser publicada en su boletín diario. La enumeración de los hechos relevantes a ser informados no es taxativa por lo que su difusión exige el buen criterio de la sociedad cotizada. La omisión de la pronta difusión puede acarrear la responsabilidad de sus directores.

Los principios del buen gobierno corporativo han apuntado también a la labor y la independencia de los auditores externos fijando una serie de pautas sobre su independencia respecto de la sociedad y sus directores o gerentes que atienden no solo a su grado de parentesco, sino también el de recibir otro tipo de retribuciones de parte de ellos, haberles prestado asesoramiento o haber actuado en relación de dependencia de los mismos. En esa dirección se ha propuesto un mecanismo de rotación temporal del auditor y su equipo, no aplicable a la firma auditora como tal.

### III. Las limitaciones al ejercicio del derecho de preferencia

La posibilidad de obtener aportes de capital por parte de fondos de inversión no accionistas, incluso dentro del ámbito internacional, ha hecho que se relajaran las exigencias del derecho de preferencia en la sociedad cotizada. Es así como ya la propia ley de sociedades en su artículo 194 permite que la asamblea extraordinaria lo limite a diez días en el caso de sociedades que hagan oferta pública de sus acciones. La CNV admite que en los aumentos de capital, la asamblea que lo dispone puede autorizar al directorio a incrementar el número de acciones a ser colocadas si los pedidos de suscripción superaran el monto de las acciones ofrecidas, fijándose el límite de dicho incremento.

La CNV también ha permitido la reducción virtual del plazo para ejercer el derecho de preferencia al admitir la aplicación del sistema del *book building*, conforme al cual se puede abrir, en el curso de uno o más días hacia la finalización del plazo para el ejercicio de la preferencia, un mecanismo de ofrecimiento de precio por parte de quienes están interesados en suscribir las acciones ofrecidas, sean o no accionistas, dentro del monto mínimo y máximo de precio de suscripción fijado por la sociedad o aún por debajo del mínimo o arriba del máximo. De este modo, el precio de suscripción y la ulterior toma de decisión para suscribir deben definirse en la práctica de un día para otro, lo que indudablemente acota el plazo de ejercicio del derecho de preferencia e impide la previa venta de tal derecho en Bolsa como era habitual cuando el precio definitivo se fijaba previamente con o sin prima de emisión.

El Proyecto agrega un artículo 62 bis a la ley 26.831 donde se establece que el derecho de preferencia contemplado en el artículo 194 de la ley de sociedades se ejercerá mediante el procedimiento de colocación que se determine en el prospecto de oferta pública y, si bien se otorga prioridad de suscripción a los accionistas que ejerzan su derecho de preferencia, ello será así siempre que las órdenes de compra por parte de los mismos sean al precio que resulte del procedimiento de colocación establecido en el prospecto o a un precio determinado que sea igual o superior al determinado en la oferta pública. Para que ello suceda es preciso que se incluya esta regla en el estatuto y que la apruebe la asamblea que disponga la nueva emisión de acciones. Como novedad, este agregado al artículo 62 suprime el derecho de acrecer. La supresión tiene como fin facilitar las colocaciones en los mercados del exterior donde no suele existir el derecho de preferencia y podría haber interés en suscribir parte del capital por no accionistas.

En el pasado lejano, el derecho de preferencia en las sociedades cotizantes tenía más valor porque no era costumbre emitir con prima de emisión

y, si la acción cotizaba por arriba del valor nominal, era posible vender los derechos de preferencia en el mercado por algo menos que la diferencia entre el valor nominal de suscripción y el precio de cotización. De esta forma, parte del precio de cotización quedaba para el accionista que vendía su derecho de preferencia y no ingresaba a la sociedad. Con el correr del tiempo y últimamente las posibilidades de colocar en mercados desarrollados del exterior, los aumentos de capital se llevan a cabo con la mayor prima de emisión posible, o sea, alrededor del precio de cotización, y esto beneficia a la emisora que recibe más capital, si bien es preciso cierta contención en la fijación para que no fracase la colocación, habida cuenta de la volatilidad de los mercados.

#### **IV. La adquisición de propias acciones**

La adquisición de propias acciones se encuentra limitada por el artículo 220 de la ley de sociedades. No obstante, es apreciada por los inversores bursátiles porque da una señal de confianza, puede sostener la cotización en situaciones bajistas y si dichas acciones son luego canceladas por reducción de capital, se incrementa proporcionalmente la participación de los accionistas en el capital. La CNV ha autorizado a la sociedad cotizada la adquisición de sus propias acciones por decisión del directorio. La puede realizar a través de una oferta pública de adquisición o adquiriéndolas en el mercado, aplicando para ello ganancias realizadas y líquidas o reservas de libre disposición. El directorio debe indicar por resolución fundada la finalidad de la adquisición, el monto total aplicado a la compra y el precio máximo a ser pagado, no pudiendo adquirir acciones por más del equivalente al 10% del capital social. A los efectos de no alterar el mercado, solo puede adquirir diariamente hasta el 25% del promedio de transacción diaria de acciones durante 90 días hábiles anteriores.

La sociedad no puede mantener las acciones propias en cartera por un período superior a los tres años. Debe enajenarlas dentro de dicho plazo, en cuyo caso corresponde dar derecho de preferencia a sus accionistas en los mismos términos del art. 221 de la ley 19.550. De no haberlo hecho, deberá dar de baja las acciones mediante la reducción del capital. Ni la oferta preferente ni la reducción del capital se operarían si las propias acciones adquiridas se destinaran a un plan de incentivos al personal dependiente de la sociedad, regulado en los artículos 67 y 68 de la ley 26.831.

#### **V. Ofertas públicas de adquisición**

Las ofertas públicas de adquisición (OPA) constituyen otra característica de la sociedad cotizada. Es una manera de posibilitar la salida voluntaria de accionistas frente a un cambio fundamental, prioritariamente

relacionado con el elenco de accionistas controlantes, pero también en ocasión de una resolución societaria por parte de la asamblea que justifique legalmente el derecho de receso, en particular por haber votado la asamblea el retiro de cotización, en cuyo caso el o los accionistas controlantes deberán hacer una OPA a los accionistas recedentes para pagar el derecho de receso.

La OPA consiste en un ofrecimiento hecho público que debe contar con la autorización de la CNV, dirigido a los accionistas en general y efectuado habitualmente por un accionista o un conjunto de accionistas que se proponen adquirir el control de una sociedad, no de manera convencional, sino a través de la adquisición de acciones a un determinado precio pagable por igual a los destinatarios de la oferta. Asimismo, quienes hayan adquirido el control de manera convencional también deben lanzar una OPA a los accionistas no controlantes a un precio equitativo que puede no ser el de la toma de control que habitualmente conlleva un sobreprecio. De igual manera corresponde proceder cuando el cambio de control sea la consecuencia de un proceso de reorganización societaria por fusión o escisión. La OPA resulta también obligatoria para el oferente cuando se desea adquirir una participación significativa que, conforme a la delegación de dicho porcentual, la CNV la ha fijado en el 15% del capital accionario.

La OPA generalmente es obligatoria para el oferente, aunque también las hay voluntarias. Para aquellos a los que va dirigida es casi siempre voluntaria su aceptación, salvo en el caso del controlante casi total en la denominada OPA residual que resulta irresistible, salvo en lo que respecta al precio a pagar o que el procedimiento no se haya ajustado a la ley. Es la que ha dado lugar a una mayor conflictividad debido, en nuestra opinión, a fallas y limitaciones en el establecimiento del denominado precio equitativo al que hemos de referirnos.

Quienes formulen la OPA deben asegurar igualdad de tratamiento entre los accionistas en relación con cualquier condición económica o modalidad en el proceso de adquisición y pago. Los titulares de derechos de suscripción u opciones sobre acciones de la sociedad y de valores negociables convertibles en acciones también serán destinatarios de la oferta. Los plazos para ejercer la opción deben ser razonables y debe brindarse al inversor información detallada sobre la identidad del oferente, la razonabilidad del precio a ser pagado y las intenciones del oferente para con el futuro gobierno de la sociedad. En la mayoría de los casos esta información debe estar contenida en el prospecto de la oferta, donde también se debe brindar información contable y financiera del oferente emisor cuando se trata de acciones ofrecidas al canje.

Hemos visto que la única OPA obligatoria para los accionistas a quienes va dirigida es la conocida como OPA residual que parte de una declaración unilateral de voluntad de adquisición compulsiva. Se produce cuando un accionista ha llegado a ser titular del 95% o más del capital social, en cuyo caso puede dentro de los 6 meses de haber completado la compra de tal porcentaje emitir tal declaración de compra al resto de los accionistas, a los que solo les cabe controvertir el precio ofrecido. El último párrafo del artículo 92 de la ley 26.831 admite que los oferentes sean plurales (control compartido) en el caso de las personas jurídicas o que puedan serlo una entidad y otras personas físicas, pero no da pie a dos o más oferentes plurales que sean personas físicas. Dado que debe pagarse un precio equitativo según las pautas del artículo 98 de la ley 26.831, cabe lamentar que dichas pautas no resulten suficientes para lograrlo.

En efecto, para ponderar el precio equitativo se toma en primer término el valor patrimonial de las acciones que habitualmente es considerablemente más bajo que el precio de cotización, toda vez que por espacio de muchos años se mantuvo inexplicablemente la prohibición de ajustar balances por inflación, norma que proviene de la época de la convertibilidad bajo la cual tenía sentido, pero ya no cuando esta cesó en el año 2002. Otro parámetro es el valor de liquidación de la sociedad, imposible de determinar en una evaluación con los números del balance no ajustado. Tampoco parece lógico en un mercado volátil, como suele ser el nuestro, la pauta del precio promedio de las acciones en cuestión durante el semestre inmediatamente anterior ni el precio de la contraprestación ofrecida con anterioridad en una OPA o en un aumento de capital durante el período anual anterior sin mencionar el pago de una tasa de interés ni tener en cuenta el transcurso de la inflación.

No se ha tenido en cuenta la ganancia del ejercicio dividido, la cantidad de acciones en circulación ni el *ebitda*, o sea, la ganancia antes de interés, impuesto, depreciaciones y amortización. Tampoco el mayor valor del registro contable de bienes inmateriales. A ello cabe agregar que el citado artículo 98 de la ley 26.831 está previsto para el pago del receso que lo ejerce voluntariamente el accionista, mientras que en la compra compulsiva de la oferta residual el accionista no puede continuar actuando como tal y solo le queda discutir si el pago del precio ha sido equitativo conforme a pautas normativas notoriamente insuficientes.

Si bien el inciso d) del mentado artículo 98 da a entender que puede haber otros criterios aceptables (revaluación de activos tangibles e intangibles, valores de aseguramiento de los bienes, mejoras futuras de valuación de acciones por la puesta en marcha de planes de reactivación, etc.), la CNV no ha dictado normas que permitan incluirlos en la valuación, de

modo tal que cuando se va a la controversia judicial o arbitral es difícil que los peritos los incorporen en sus evaluaciones. Nótese que estamos frente a un desplazamiento irresistible, incluso para quien haya adquirido la acción esperando una mejora en su cotización, originada tal vez en hechos extra societarios. Distinta sería la situación en el caso inverso, es decir, cuando es el accionista el que pide ser comprado.

En el Proyecto presto a ser sancionado al que hemos hecho referencia al final del apartado sobre la regulación de las sociedades cotizadas, se han introducido algunas modificaciones parciales al régimen de la OPA y, en particular, a los artículos 88 y 98 de la ley 26.831 que se refieren a la determinación del precio equitativo, estableciendo algunas directivas que contribuyen a mejorar su determinación y hacerla más acorde con el movimiento del mercado precedente. No obstante, no se han incorporado pautas de valuación que hubieran permitido un resultado más acorde con la realidad patrimonial y contable de la sociedad cuyas acciones son adquiridas imperativamente. La CNV tendrá ahora más facultades en la aprobación del precio ofrecido, pero hubiera correspondido delegarle la fijación de nuevas pautas de valuación, habida cuenta de las cambiantes alternativas en la presentación de los estados contables de la sociedad cotizada.

## **VI. Conclusión**

La inversión en empresas industriales, comerciales y de servicios, y particularmente en las que actúan en el ámbito de la infraestructura y la energía o los servicios públicos, necesita abreviar en un mercado de capitales desarrollado y conectado internacionalmente. La constitución de Bolsas y Mercados Argentinos SA permite disponer de mercados modernos con tecnología avanzada y en condiciones de incorporar sociedades de gran escala, emprendimientos con buenas perspectivas de desarrollo y también pequeñas y medianas empresas que abran su capital con buenas perspectivas de colocar parte de sus acciones dentro de un mercado que ha venido creciendo con una importante actuación de los fondos comunes de inversión y despertando el interés de inversores institucionales internacionales que podría incrementarse en la medida en que mejore la calificación mínima de mercado fronterizo que se asignó a nuestro mercado en el año 2009.

Nuestra Bolsa fue la de mayor movimiento en América Latina a principios del siglo XX con algunas cotizantes extranjeras. Tuvimos más de 600 sociedades cotizando a principios de la década del sesenta. Hoy tenemos un número insuficiente de alrededor de 100, aunque con mayor envergadura y un mercado con mucho más movimiento y varias sociedades coti-

zando simultáneamente sus acciones en mercados de Nueva York. Hay un gran número de sociedades que cotizan títulos de deuda, particularmente obligaciones negociables, pero no hacen lo propio con sus acciones, únicas que permiten una financiación gratuita disminuyendo de esta manera la pesada carga del exceso de deuda que luego hay que repagar con fondos que podrían derivarse al autofinanciamiento de la sana inversión.

Hemos visto al enunciar las características de las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones que cuentan con una normativa avanzada pero dispersa, en la cual aparecen preceptos vinculados con la sociedad cotizada y otros que hacen al funcionamiento de los mercados, la actuación de sus agentes, las cajas de valores, el poder sancionatorio y los diferentes títulos de deuda susceptibles de oferta pública.

La CNV tiene y debe seguir teniendo facultades para actualizar la regulación de la sociedad cotizada, pero sería conveniente que resulte específicamente tratada en sus principios fundamentales por una ley o por un título agregado a la ley general de sociedades, tal como ocurre en España desde julio de 2010, en el que se aprobó el texto refundido de las denominadas sociedades de capital (anónimas y de responsabilidad limitada) incorporando un título XIV en el que se establecen las características particulares de la sociedad cotizada. Prestigiosos autores han señalado la conveniencia de una reforma integral de la ley de sociedades luego de las modificaciones emanadas del Código Civil y Comercial, la adopción de la sociedad unipersonal y la creación de un nuevo tipo societario denominado sociedad anónima simplificada. Allí tendría cabida el capítulo que se refiera a la sociedad cotizada. Es más lógico que sea así y no que su encuadre básico aparezca mezclado en una ley de mercados que apunta mayormente a las transacciones de títulos valores en general y al funcionamiento de los mercados de valores negociables. La normativa sobre la sociedad cotizada debería resultar lo suficientemente flexible para delegar en la CNV la posibilidad de ciertas modificaciones alternativas en su funcionamiento que deriven de cambios operados en los mercados o en las regulaciones que atañen al buen gobierno corporativo. ♦



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE DICIEMBRE DE 2018  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA









