

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

JURISPRUDENCIA SOCIETARIA

ANOTACIONES SOBRE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO SOCIETARIO(*) (302)

OSCAR DANIEL CESARETTI

SUMARIO

I. GENERALIDADES

- a) Resolución parcial. b) Modificaciones no inscriptas. c) Desestimación de la personalidad. Improcedencia.

II. SOCIEDAD IRREGULAR

- a) Prueba.
- b) Disolución. Requisitos.
- c) Responsabilidad.
- d) Personalidad.

III. SOCIEDAD ANÓNIMA

- a) Suscriptor. Accionista. b) Derecho de receso e impugnación. c) Compraventa de acciones. Naturaleza. Prescripción. d) Prohibición de voto. Efectos.

I. GENERALIDADES

a) Resolución parcial

Siendo que el capital es un elemento esencial para la existencia y subsistencia de la sociedad, el retiro voluntario del socio fuera del supuesto establecido por el art. 89 LS, implicaría una disminución de ese capital que podría llegar a imposibilitar la consecución del objeto social para lo cual se conformó, con prescindencia de la voluntad de los restantes socios, por lo cual es inadmisibles acceder a una solicitud de tal naturaleza.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(C. Com., Sala A, "Assumma, Demetrio c/ Crivier SRL", 31/7/91.)

b) Modificaciones no inscriptas

Las modificaciones no inscriptas del contrato social son, en las sociedades por acciones, inoponibles a terceros y no invocables por éstos. Los datos sociales registrados conservan su virtualidad hasta tanto sean cancelados y ello es plenamente aplicable en materia de competencia y registración de domicilio.

(C. Com., Sala C, "Cementos NOA SA. Pedido de Quiebra por Duneucic, Francisco" 27/11/89.)

c) Desestimación de la personalidad. Improcedencia

Las relaciones recíprocas de vinculación entre sociedades producen consecuencia en cuanto a la forma de llevar los estados contables y son relevantes a los efectos tributarios o a los fines de atribuir responsabilidad, pero no implican automáticamente la desestimación de la personalidad jurídica de ambas.

(C. Com., Sala E, "Marín Rosa c/ Volkswagen SA s/ Ordinario", 31/7/89.)

No existe disposición legal que autorice la atribución automática a la controlante de los actos realizados por la controlada; pues la sociedad es un sujeto de derecho, con una entidad jurídica propia, diversa y distinta de los socios que la integran. La desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad debe ser utilizada cuidadosamente, pues su aplicación irrestricta llevaría a consagrar la excepción como regla, circunstancia que no fue la que inspiró el nacimiento de tal remedio jurídico.

(C. Com., Sala B, "Noel, Carlos c/ Noel y Cía. SA".)

Comentario

El primero de los fallos de la sección se aboca al tema de la resolución parcial. Como ya expresamos anteriormente, la misma constituye una solución técnica derivada de la conceptualización del ente como un contrato plurilateral de organización.

Los supuestos de resolución parcial se clasifican en: a) legales y b) contractuales. La exclusión de un socio constituye un ejemplo del primero de los supuestos y las causales contractuales tienen cabida en el art. 89 LS. Los socios, como expresa dicha norma, pueden pactar causales de resolución parcial no previstas en la ley.

Consideramos que la viabilidad de la misma se encuentra sujeta a la no vulneración de otros principios societarios, especialmente, como expresa el fallo, los referentes a la intangibilidad del capital social. Recordemos que el retiro de un socio, implica - salvo contraprestación por medio de ganancias o reservas libres - una reducción del capital social, circunstancia que en las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedades con responsabilidad limitada afecta los presupuestos de las eventuales contrataciones de los acreedores para con el ente.

El segundo de los pronunciamientos se refiere a modificaciones no inscriptas. el art. 12 LS ha dado origen a más de una polémica. Así, Halperín sostuvo el carácter constitutivo de las modificaciones del contrato social, siendo las mismas inoponibles entre socios y frente a terceros. La tesis contraria que conformó la mayoría de la doctrina, le ha conferido a las inscripciones el carácter declarativo. Las modificaciones son obligatorias entre los socios, y aun ante el silencio de la norma vinculante para la sociedad.

Respecto de terceros, éstos pueden invocarlas, salvo frente a la SRL o SA, las que no podrán valerse de las mismas frente a dichos terceros.

No encontramos fundamentos para el régimen de excepción del art. 12 LS respecto de la SA y la SRL, que establece la imposibilidad para el tercero de alegar las respectivas reformas sociales. Consideramos que existen múltiples supuestos en la ley 19550, en los cuales se le oponen a terceros situaciones no inscriptas, como, por ejemplo, la actuación de la sociedad en formación que implica la oponibilidad del objeto, el esquema de representación, etc. o en la SRL, con cuotas de libre cesión, en que se opone, la calidad de socio desde la notificación al gerente.

Ante la aceptación del carácter declarativo de las inscripciones que reforman el contrato social, y los supuestos de oponibilidad que anteriormente expresamos, consideramos que la regla del art. 12 con relación a la SRL o SA debe ser interpretada en el marco de los terceros de buena fe, a quienes la sociedad les ha impuesto de la reforma para poder conformar un eventual negocio jurídico, no siendo en consecuencia aplicables a los mismos el régimen de inoponibilidad del art. 12 LS.

En la tercera sección de "Generalidades" hemos seleccionado dos pronunciamientos en los cuales se desecha la posibilidad de recurrir a la "teoría de la penetración" o "desestimación de la personalidad" o "inoponibilidad de la persona jurídica". Sin entrar a buscar precisiones terminológicas, y a las cuales la doctrina se encuentra abocada, en general podemos decir que con estas expresiones se quiere calificar supuestos de un abuso en el tecnicismo denominado "personalidad". La ley 22903, con la reforma al art. 54, con una redacción que podemos calificar de feliz, ha receptado supuestos de actuación o mejor dicho abuso en la actuación por medio de la realidad jurídica "persona". Los supuestos en los cuales cabe recurrir al mecanismo de la inoponibilidad - que implica reconocer un acto jurídico como válido y no desconocer la dualidad socio - persona jurídica - ha sido resumida como fines extrasocietarios o tendientes a violar la ley, el orden público o la buena fe. Los criterios han sido calificados de meramente enunciativos, pero toda la temática es objeto de una interpretación restrictiva, como la efectúa la Cámara al desechar la pretensión de las partes.

II. SOCIEDAD IRREGULAR

a) Prueba

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La doctrina y jurisprudencia nacional están firmemente orientadas por la exigencia del principio de prueba por escrito para la admisibilidad de la prueba testimonial, entendiéndose aplicable la limitación contemplada en el art. 289 del Cód. de Comercio, salvo que exista imposibilidad moral de preconstituirla - como en el supuesto de existir concubinato - y que este requisito es inaplicable a los terceros que invocan el contrato social.

Más allá de la polémica suscitada por el art. 25 LS, lo que resulta insoslayable es la directiva fundamental sostenida tradicionalmente en el sentido de que la prueba de la sociedad de hecho debe ser lo más completa posible y resultar concluyente.

(C. Com., Sala A, "Taverna de Antuña, Rosa c/Antuña, Celestino V.", 13/10/89.)

La simple recepción de una cédula de notificación dirigida a la sociedad de hecho, a la sazón el mismo domicilio denunciado como particular de los presuntos integrantes de la misma, y la afirmación de que los firmantes del pagaré conforman una sociedad de esa naturaleza, no constituyen elementos suficientes a efectos de formar convicción acerca de la existencia de la misma.

(C. Com., Sala E, "Ramundo, Antonio y otros s/Pedido de quiebra por Pérez Gallardo", 30/ 10/89.)

b) Disolución. Requisitos

La acción judicial por disolución debe promoverse contra todos los socios, pues todos tienen derecho a ser escuchados, ya que la sentencia los afectará.

La disolución y liquidación de la sociedad carecerá de viabilidad si no afecta a uno de los socios o no se determina que existen otros, además del individualizado por la actora.

(C. Com., Sala E, "Dattola, Mirta c/Cappo Fariña, Ricardo", 6/3/89.)

El mero hecho de que uno de los socios haya dejado de concurrir a la sede social es totalmente inhábil para darle el carácter de notificación fehaciente a que se refiere el art. 22, apartado 3; la comunicación del socio que pretende la disolución de la sociedad de hecho dirigida al otro socio y recibida por éste, debe ser expresa e inequívoca en cuanto al conocimiento que adquiere el segundo de la voluntad del primero de disolver la sociedad.

(C. Com., Sala A, "Moreno Ramón Enrique, c/Kelly Donald Santiago s/Liquidación Judicial".)

c) Responsabilidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El pasivo originado en la comunidad irregular es perseguible directamente de sus partícipes, por causa que la responsabilidad de éstos tiene una estructura de derecho positivo que les veda requerir la excusión previa del patrimonio común, pero la exoneración de la sociedad irregular - cuando el acreedor optó por accionar contra la figura personalizada directamente - provoca la liberación de los comuneros responsables, pues tal declaración absoluta obtenida por la comunidad es invocable personalmente por los asociados en tanto el vínculo creditorio respecto de éstos dependió del invocado contra el ente irregular.

(C. Com., Sala D. "Mordjikian, Adom y otros s/ Concurso Preventivo, Inc. de Revisión promovido por San Fernando Cía. Financiera", 31/7/89.)

d) Personalidad

La medida de personalidad atribuible a la sociedad irregular tiene un efecto restringido originado en su carácter de extrarregistral, de allí que el socio no pueda resistir una ejecución directa en su contra sosteniendo haber contratado por cuenta de la sociedad, pues tal personalidad - originada en la existencia regular del ente - no puede ser invocada por quien omitió las reglas de la inscripción, lo cual determina que tal calidad sea inoponible al tercero.

(C. Com., Sala D, "Permanente SA, Cía. Financiera c/ Eduardo Dolera y Cía., Sociedad de Hecho y otros, s/rep. vía ejecutiva", 19/4/91.)

Comentario

La problemática de las sociedades irregulares no ha sido extraña a esta sección. Así en la Revista Nro. 821, tuvimos oportunidad de explayarnos sobre aspectos de la prueba del esquema irregular. Habíamos expresado que se permite distinguir dos esferas: a) la infrasocietaria, es decir la relacionada con la prueba entre socios, y b) la extrasocietaria, cuando un tercero alega la existencia del ente en su calidad de acreedor o poseedor de un derecho contra el mismo.

La relación entre el art. 209 del Cód. de Com. que subordina la prueba testimonial a la existencia de principio de prueba por escrito, y la amplitud probatoria del art. 25 LS, fue conjugada, como se expresó, distinguiendo ambos supuestos y ratificando que el tercero "no se encuentra en las mismas condiciones de munirse de los elementos necesarios como aquel que se mueve en el ámbito interno de las relaciones sociales". El primero de los pronunciamientos hace plena aplicación del citado esquema interpretativo.

Los restantes fallos de la sección de prueba ratifican que la misma debe revestir el carácter de idónea, a fin de imponer las graves consecuencias del régimen del arts. 21 y ss. de la ley de sociedades comerciales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Respecto del mecanismo de disolución social entre socios, tanto la ley 19550 como la reforma de la ley 22903 mantuvieron el requisito de la comunicación fehaciente a los coasociados de la voluntad de disolver el ente. Es decir, que la ley requiere una "declaración de voluntad recepticia" para finiquitar las relaciones sociales e iniciar el período de liquidación social. A pesar de que el nuevo texto del art. 22 ha omitido la referencia al cumplimiento del régimen del art. 98 (inscripción de la disolución social), para los terceros la carga registral sigue plenamente vigente, por lo cual los socios deberán cumplimentar dicho esquema a fin de que el régimen de la sección IV no les resulte en adelante plenamente aplicable.

Así como el nacimiento de las sociedades de hecho casi resulta inadvertido para sus integrantes, la disolución del ente constituye un mecanismo no fácil de cumplimentar. Distinguiendo entre sociedad de hecho y sociedad irregular propiamente dicha y en el segundo de los supuestos en principio el esquema de socios surge del mismo instrumento que no contó con el reflejo registral; pero en los supuestos fácticos, la instrumentación resulta más que nula. El primero de los fallos sobre disolución remarca la necesidad de promover la demanda contra todos los integrantes del ente a fin de que la sentencia se torne oponible a éstos.

El tercero de los fallos de la sección, bajo el acápite de Responsabilidad, expone claramente el régimen que caracteriza a las sociedades irregulares, pero la existencia de esa responsabilidad ilimitada y solidaria y sin el beneficio de excusión, no implica que el acreedor vencido en su pretensión contra la sociedad pueda invocarla contra los socios, siendo plenamente aplicable el régimen del art. 56 que establece: "La sentencia que se pronuncia contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios..."

El último de los pronunciamientos de la Sala D respeta el principio receptado en la exposición de motivos de personalidad precaria y limitada - susceptible de grado o graduación - . A tal tesis se le ha contrapuesto el pensamiento que la personalidad no es susceptible de graduación, se es o no se es persona, siendo exclusivamente la capacidad lo factible de cuantificación. Nosotros hemos adherido a la primera de las posturas, por considerar que los principios de la personalidad jurídica como mera herramienta del operador jurídico no tiene que responder a principios filosóficos del concepto ser humano.

III. SOCIEDAD ANÓNIMA

a) Suscriptor. Accionista

La calidad de accionista y suscriptor son diferenciables, de modo que se puede no tener la primera calidad y adquirir luego la segunda.

La calidad de no suscriptor al tiempo de una anotación en el libro de emisión de acciones no impide la obtención ulterior de la calidad de accionista; suscriptor es quien hizo el aporte a la sociedad emisora, y también quien recibió la acción como dividendo.

El concepto de accionista es más genérico, pues comprende no sólo al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suscriptor que posee la acción, sino también a quien recibió el título por otra causa de un suscriptor o de un accionista anterior.

Los caracteres de accionista y suscriptor coinciden en el suscriptor que conserva la acción en su patrimonio, pero si el suscriptor enajena la acción, deja de ser accionista. A la inversa, quien no fue suscriptor deviene accionista cuando adquiere una acción; en esa hipótesis, él no figurará en el registro de asistencia, pero sí cuando acuda a una asamblea constará en el libro de depósitos de acciones y asistencia a asambleas.

(C. Com., Sala D, "Fuentes de Durán, Delia c/Durán SA", 22/5/91.)

b) Derecho de receso e impugnación

El derecho de receso que le asiste al socio, así como la posibilidad de impugnar las resoluciones del órgano de gobierno social son dos alternativas cuya elección queda en cabeza del accionista. Así el socio puede reclamar la invalidez de lo decidido u optar por su retiro de la sociedad, pero no está obligado a esto último.

(C. Com., Sala C, "Guelar, Juan c/ Mandataria Rural SA".)

c) Compraventa de acciones. Naturaleza. Prescripción

La compraventa de acciones entre particulares es un acto de comercio, pues el objeto de ese acto es, por definición, persona jurídica comerciante. La adquisición y venta de acciones o cuotas sociales configura un acto de comercio por conexión ya que se encuentra íntimamente ligada a la actividad mercantil del ente.

La acción de nulidad del contrato de compraventa prescribe a los cuatro años, pues el art. 847 inciso 3) del Cód. de Comercio posee un amplio alcance en tanto su definición comprende todos los casos de nulidad, salvo los que tengan una regulación específica.

(C. Com., Sala E, "García, Miguel c/Bonina, Vicente Juan", 31/7/89.)

d) Prohibición de voto. Efectos

La violación de la prohibición de votar que consagra el art. 248 LS, por parte de quien representa por sí solo el porcentual idóneo de capital para formar la voluntad social y tendría prima facie interés contrario al de la sociedad en la operación decidida constituye motivo grave suficiente para el dictado de la medida precautoria prevista en el art. 252 LS, más allá del carácter restrictivo con que debe efectuarse la apreciación sobre la procedencia de este tipo de resortes.

(C. Com. Sala C, "La Oxígena SA c/Gases de Ensenada SA", 30/4/91.)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comentario

En el primer pronunciamiento de la sección, la Sala D pone de manifiesto la relación existente entre la calidad de suscriptor y accionista. el art. 186, segunda parte, regula las características del contrato de suscripción, que en los casos de SA por acto único, resulta aplicable para los aumentos de capital social. Todo suscriptor reviste el carácter de accionista, por cuanto se ha obligado como contraprestación a las acciones que percibe a entregar al ente valores u objetos determinados; pero como bien expone la Sala no todo accionista tuvo que ser parte del contrato de suscripción, ya que su tenencia puede resultar de carácter derivativo e integradas ya las sumas a la sociedad.

El segundo de los pronunciamientos rescata el carácter optativo del régimen de recesso, pudiendo el socio recurrir al mismo o no. La determinación del carácter mercantil de la compraventa de acciones resulta de fundamental importancia, habida cuenta del diverso régimen de prescripción de la materia comercial; el fallo rescata su comercialidad, no en función de las partes sino por la naturaleza del ente (art. 8º, inc. 6, Cód. Com.).