

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1990

ANO 27 • NÚMERO 107

Recepción de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina. Protección de los Acreedores

Dr. DANIEL E. MOEREMANS
(LLM Münster/Alemanha Federal)

SUMARIO

A. Recepción de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina.

1. Introducción.

II. Las sociedades unipersonales en la doctrina argentina.

III. Fundamento de la responsabilidad limitada.

1. Introducción.

2. Requisitos.

IV. La sociedad unipersonal en la legislación societaria.

V. Proyecto de unificación: Posibilidad de constitución de sociedades unipersonales.

B. Protección de los acreedores.

I. Introducción.

II. Capital mínimo.

III. Suscripción e integración del capital.

IV. Conservación del capital social.

V. Responsabilidad del Gerente. Posibilidad de autocontratación.

VI. Responsabilidad por control, penetración de la personalidad jurídica.

1. Responsabilidad derivada del art. 54 de la Ley de Sociedades: Inoponibilidad de la persona jurídica.

2. Extensión de la quiebra (art. 165 de la Ley de Concursos).

VII. Obligaciones contables de la sociedad controlada.

C. Conclusiones.

A. *Recepción de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial en Argentina.*

I. *Introducción*

El 15 de Julio de 1987 la Cámara de Diputados de la Nación aprobó el Proyecto de Legislación Civil y Comercial de la Nación, que unifica las obligaciones civiles y comerciales (1). Para realizar la misma, el Proyecto procede a derogar el Código de Comercio (art. 3), creando un cuerpo legislativo único en seno del Código Civil, criterio acertado, pues el derecho civil constituye el derecho general que atiende a todas las relaciones jurídicas. Ello se compatibilizaría, por otro lado, con la "civilización" del derecho mercantil (2).

En el Campo Societario el Proyecto introduce importantes reformas, a pesar de la aparente voluntad en contrario de los redactores, ya que la unificación del régimen societario impone introducir la "menor cantidad posible de cambios en la vigente en la ley 19.550. De allí que las modificaciones que se le hacen sean sólo las necesarias para asegurar su armoniosa integración con las disposiciones que ahora se incorporan a C.C. (3). Esta manifestación se ve contradicha por las modificaciones introducidas en el régimen del contrato de sociedad, regulado en el código civil, en la modificación de normas que inciden en el campo societario y principalmente en los artículos de la Ley de Sociedades que fueron derogados o modificados (4).

Entre las modificaciones se destaca la intención de convertir a la sociedad simple en categoría residual de las sociedades comerciales (5).

(1) Véase Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Proyecto de Separata del Código Civil, Ed. Zavalla, Buenos Aires, 1988. Sobre la conveniencia de la unificación véase Cámara, Derecho Societario, Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903, Buenos Aires, 1985, pp. 42 y ss.

(2) Cámara, ob. cit., p. 66. Algunos autores prefieren hablar de un proceso contrario, es decir de la comercialización del derecho civil. Véase al respecto Cámara, ob. cit., pp. 41 y ss.; Palmero, La Persona Jurídica en el Proyecto de Unificación, RDCO 1987, p. 818. El método utilizado por el Proyecto tiene sin embargo deficiencias remarcables. Véase al respecto Cámara. El Método de la Reforma de la Legislación Civil y Comercial, RDCO 1987, pp. 739 y ss.

(3) Véase al respecto Notas Explicativas, Proyecto de Ley de Unificación Civil y Comercial de la Nación, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 52; Suarez Anzorena, Veiga y otros: El Proyecto de Unificación y el Universo Societario, en: Revista "La Ley" de los días 27/11/87, y 30/11/87; Richard, Sociedad y contratos asociados, Buenos Aires, 1987.

(4) Según el art. 1 del Anexo I se derogan los arts. 17, 25, 26, 361 al 366 y 384 de la Ley de Sociedades Comerciales y se modifican los arts. 1, 5, 6, 21 al 24, 30, 34, 35, 61, 74, 75, 77, 94, 146, 165, 367 y 377. Véase Anexo I, A-85 de la Reforma a la Legislación Complementaria en: Unificación de la Legislación Civil y Comercial, Ed. Zavalla, Buenos Aires, 1988.

(5) Al respecto véase Manóvil, las simples "sociedades" y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria, Separata de la Revista Jurídica de Buenos Aires III, Buenos Aires, 1988, pp. 11 y ss.; Suarez Anzorena, Veiga y otros, ob. cit.

Esta sociedad sería persona jurídica o no, según los casos, no requiere ser registrada ni llevar contabilidad o producir estados contables. Estas deficiencias, entre otras, hicieron despertar arduas críticas en la doctrina nacional ⁽⁶⁾.

Un segundo aspecto controvertido se presenta con relación a las SRL y SA unipersonales. La recepción de estos tipos societarios acompaña las nuevas tendencias en el derecho comparado. En Latinoamérica las sociedades unipersonales no habían encontrado mayor cabida en los derechos positivos, a pesar de su amplia repercusión en la doctrina ⁽⁷⁾. Existían en las legislaciones americanas varias posturas ⁽⁸⁾: algunos países (Colombia, Uruguay, México) negaban terminantemente la posibilidad inicial o derivada de la existencia de tal sociedad. En caso de que una sociedad se convirtiera en unipersonal por cualquier motivo (muerte de los restantes socios, receso de los mismos, etc.), la misma se disolvía *ipso iure*, sin ninguna posibilidad de rehabilitación o recomposición de la pluralidad. Otros países (como por ej. Venezuela) prohibían la constitución de sociedades unipersonales. Sin embargo en caso de unipersonalidad sobreviniente conserva la sociedad tanto el carácter de persona jurídica cuanto la limitación de responsabilidad limitada del socio único. Otros países (como por ej. Argentina) adoptaron un sistema intermedio no exigiendo la disolución de la sociedad durante un plazo determinado, pero haciendo ilimitadamente responsable al socio único durante ese período. Finalmente había países cuyas legislaciones habían recibido expresamente la posibilidad de limitar la responsabilidad del empresario individual. Tales son los casos de Costa Rica, cuyo código de comercio de 1961 en los arts. 521 a 528 legisla el instituto ⁽⁹⁾.

En 1966 Panamá acoge la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada ⁽¹⁰⁾. En 1976 Perú legisla sobre la Sociedad de Responsabili-

(6) Basta ver Manóvil, ob. cit., pp. 11 y ss.; Suarez Anzorena/Veiga y otros, ob. cit.

(7) Véase Maisch vn Humboldt, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Proyecto de Ley Tipo para América Latina, Lima, 1970; Stratta, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1961, pp. 33 y ss.; Rotondi, Zur Haftungsbeschränkung des Einzelkaufmanns, ZHR, Band 131 (1968), p. 336; Sola Cafizares, necesidad de la revisión del Estatuto de las Empresas Modernas, LL T., 46, Buenos Aires 1947, pp. 906 y ss.

(8) Palmero, Empresas Multinacionales en: RDCO 1976, pp. 392-394.

(9) Estos artículos regulan a la Empresa como entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica independiente y separada de la persona física que llegue a ser dueño de ella. También se legisla sobre la fundación de la empresa, la limitación de la responsabilidad al patrimonio de la empresa, su transmisibilidad, liquidación y quiebra. En 1964 (a través de la Ley 3.284, arts. 9 al 16) se trasladó la ubicación de las normas sobre la empresa individual, separándolas de las sociedades y colocándolas en la parte relativa a la persona del comerciante. Estas disposiciones sufren por la Ley 4.327 del 17/2/89 una nueva reforma.

(10) Esta empresa debe contar con un capital mínimo de 1000 balboas. Debe constituirse por escritura pública con inscripción en el registro mercantil. Establece el derecho de oposición de los acreedores personales y la caducidad de la inscripción. También regla la transmisión *intervivos* y *mortis causa* de la empresa y la liquidación de la misma.

dad Limitada Unipersonal, limitada empero a la Pequeña Empresa⁽¹¹⁾. En Brasil⁽¹²⁾ la Ley de Sociedades Anónimas (arts. 251 a 255) de 1976 permite la constitución de sociedades totalmente controladas (Wholly-Owned Subsidiarity) mas no la constitución de sociedades unipersonales que tienen como socio único a una persona física; el socio único debe ser una sociedad. Este tipo de sociedad puede constituirse mediante dos procedimientos: por acto público ante notario o por absorción en el capital de una compañía de la totalidad de las acciones de una sociedad pre-existente. Cabe acotar que la sociedad controlante debe ser brasileña, entendiéndose por tal a la constituida y domiciliada en Brasil. Por último en Paraguay se permite en 1983, según Ley 1034 (Ley del Comerciante), la creación de empresas unipersonales de responsabilidad limitada⁽¹³⁾.

II. *Las sociedades unipersonales en la doctrina argentina*

El tema de las sociedades unipersonales ha despertado una amplia controversia en la doctrina nacional⁽¹⁴⁾. Los opositores de esta forma societaria se basan en argumentos nétamente teóricos y otros que hacen al funcionamiento y a los abusos a que pueden dar lugar este tipo societario⁽¹⁵⁾. Desde el punto de vista teórico, se sostiene que la sociedad unipersonal es una contradicción en adiecto, ya que al ser la sociedad un contrato, se requieren por lo menos dos personas para su conclusión. También se argumentó con la teoría del patrimonio, según la cual toda persona (física o jurídica) tiene un patrimonio (pero sólo uno) y todo patrimonio tiene sólo un titular. En el caso de las sociedades unipersonales la sociedad no es el resultado de un contrato y por hipótesis una única

(11) La ley de Empresa Individual de Responsabilidad Limitada se encuentra reglada por el D.L. 21.621, del 14 de Septiembre de 1976. El art. 1 establece que "La Empresa individual de Responsabilidad Limitada es una persona jurídica de derecho privado, constituida por voluntad unipersonal, con patrimonio propio distinto al de su titular, que se constituye para el desarrollo exclusivo de actividades económicas de pequeña empresa al amparo del D.L. 21.435. Qué se entiende por pequeña empresa, es lo que establece el D.L. 23.189, del 19 de Julio de 1920, art. 3. Al respecto puede verse Montoya Manfredi, Derecho Comercial T. I., Lima-Perú 1982.

(12) Véase Comparado, *Industrialisierung und Recht in Brasilien*, Frankfurt a/M 1981, p. 101; el mismo, *Evolución de los grupos de sociedades en el derecho brasileño desde la promulgación de la ley de sociedades por acciones de 1966*, RDCO 1983, p. 225.

(13) Véase Etcheverry, *La Ley del Comerciante de Paraguay*, E.D. t. 113, pp. 834 y ss.

(14) Sola Cañizares, ob. cit. pp. 906 y ss.; Un análisis detallado sobre los distintos trabajos monográficos puede verse en Rotondi, ob. cit. pp. 336 y ss., y en Stratta, ob. cit. pp. 39 y ss.

(15) Basta ver en este sentido Orgaz, *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires 1948, pp. 303 y ss.

persona es titular de dos patrimonios⁽¹⁶⁾. También se sostuvo⁽¹⁷⁾ que la personalidad jurídica sólo es reconocida por el ordenamiento jurídico al hombre en su accionar individual o colectivo. La imputación diferenciada de que gozan las sociedades estaría causada sólo por la actuación colectiva. Es por ello que la sociedad de un solo socio sería un negocio jurídico sin causa, o sea, un negocio jurídico nulo o imposible⁽¹⁸⁾.

Desde el punto de vista de los problemas que acarrearía el funcionamiento de las sociedades unipersonales, se sostuvo que éstas no son deseables porque tienden a socializar las pérdidas, mientras sus titulares gozan plenamente de las ganancias.

“En un análisis económico, quien en definitiva soportará el riesgo es el consumidor, ya que el acreedor incrementará su cálculo de costos por el mayor riesgo que importa la limitación de responsabilidad del deudor; sin que ese consumidor participe en proporción en el éxito de ese empresario de responsabilidad limitada (salvo que se sostenga que lo hace a través de la prosperidad general)”⁽¹⁹⁾.

Los acreedores más débiles se encuentran igualmente en situación de riesgo. Ellos tendrán que soportar exclusivamente el colapso económico de la empresa. Los grandes acreedores requerirán las garantías necesarias al empresario individual a los efectos de asegurar sus créditos⁽²⁰⁾.

En cuanto a tema de los abusos, las sociedades unipersonales serían un recurso técnico que puede ser fácilmente utilizado para defraudar a los

(16) Véase Orgaz, ob. cit., p. 308; Dobson, *El Abuso de la Personalidad Jurídica en el derecho privado*, Buenos Aires, 1985, pp. 500 y ss; Le Pera, *cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires, 1974, p. 95; el mismo, *Joint Venture y Sociedad*, Apéndice: Principio y Dogma en la Ley de Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 1984, pp. 249 y ss.

(17) Colombres, *Curso de Derecho Societario*, Buenos Aires, 1972, p. 35.

(18) Respecto del tema sociedad unipersonal y personalidad jurídica pueden verse el análisis de Fezer, *Die Einmanngründung der GmbH*, JZ 1981, pp. 609 y ss. También Rotondi, ob. cit., p. 359. Este autor comenta que existe en la doctrina diversas opiniones sobre la cuestión. Para algunos la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal sería un patrimonio de afectación. Otros sostienen que la sociedad sería en realidad una universalidad jurídica. Por último, un tercer grupo le asigna el carácter de persona jurídica. Para el autor mencionado la discusión no tiene mayor sentido porque lo que se debe hacer notar es simplemente la absoluta independencia del patrimonio de la sociedad, con relación al patrimonio del socio, lo que ocurre ya en el caso de las sociedades anónimas.

(19) Halperín, *Curso de Derecho Comercial*, Vol. I, Buenos Aires, 1975, p. 112.

(20) Halperín, ob. cit. p. 112; en igual sentido Bisbal i Méndez, *La Sociedad Anónima Unipersonal en: La Reforma de la Ley de S.A.*, Madrid, 1987, pp. 71 y ss.

acreedores, incrementando con ello además los litigios, ya que en caso de desastre económico, los acreedores buscarán perseguir el patrimonio exento, acreditando el fraude del empresario u otras violaciones del régimen legal. Por último, desde el punto de vista moral, este instituto quebraría el principio fundamental de la responsabilidad plena del sujeto por sus actos, introduciéndose otro elemento mas que actuaría en gran detrimento de la honestidad y del respeto por los intereses ajenos (21).

Los argumentos teóricos en contra del reconocimiento de las sociedades unipersonales fueron rebatidos de diferentes maneras: que la sociedad unipersonal no sea un contrato no significa que la figura no pueda ser subsumida en otro género o como otra categoría independiente (22). En cuanto a la teoría del patrimonio se sostuvo que tratándose de sociedades unipersonales no estaríamos enfrentados con una persona con dos patrimonios sino con dos personas distintas (el socio único y la sociedad), por

(21) Halperín, ob. cit., p. 112; en sentido concordante Castro y Bravo (La Persona Jurídica, 2da. Edición, Madrid, 1984, p. 38) quien sostiene que desde el punto de vista de la justicia sería inadmisibles que se consienta la irresponsabilidad *ad libitum*, de quien por profesión arriesga bienes ajenos, que se pudiera así arruinar a los demás por actos imprudentes y dolosos y sin peligro de la propia ruina. El sistema de la falsa S.A. (con pluralidad de socios en el papel) tendría, según este autor, por lo menos el pudor de ocultarse mediante la simulación; la Empresa individual de responsabilidad limitada vendría descaradamente a legalizar el fraude.

(22) Le Pera, Sociedades Unipersonales y Subsidiarias totalmente controladas, RDCO 1972, p. 15; el mismo, Principio y dogma..., ob. cit., pp. 249 y ss.; el mismo, Estatuto del Comerciante, RDCO 1987, p. 803. Allí Le Pera sostiene que si tomamos la palabra "sociedad" en sentido originario, es claro que la sociedad de un socio es impensable. Sin embargo se trataría de un problema nominal. En una futura reforma, continúa el autor, sería posible sustituir el nombre "sociedad" por el de "empresa", lo que además de solucionar el problema permitiría insinuar algunos otros desarrollos interesantes. En cuanto al acto generador de una sociedad unipersonal, él sostiene que se trata de una declaración unilateral de voluntad. En sentido coincidente la ley peruana mencionada supra. En Alemania la sociedad unipersonal es considerada por algunos autores como un contrato particular: el contendría no sólo una declaración de voluntad acerca de la creación de una sociedad, sino también el estatuto de la sociedad. La creación de la sociedad surgiría de un negocio jurídico unilateral. La declaración de voluntad tendería a la creación de la sociedad como persona jurídica. Esta declaración de voluntad podría ser definida como un negocio jurídico de Organización. Véase al respecto Fezer, Die Einmanngründung der GmbH, JZ 1981, p. 613; véase también el Decreto N. 248 del 25 de Agosto de 1986 de Portugal (Rivista della Società, Milano 1986, pp. 848 y ss.), que fiel a la naturaleza contractual de la sociedad regula el instituto bajo el nombre Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Sobre esta última ley también puede verse Manóvil, Establecimiento individual de Responsabilidad limitada (Breve Glosa de un aventurado paso legislativo en Portugal), Revista La Ley del 5 de Junio de 1987, p. 3.

lo que en definitiva no se violentaría ningún principio⁽²³⁾. En cuanto a las dificultades derivadas del funcionamiento de las sociedades unipersonales se argumentó que la problemática en definitiva se vincula estrechamente con el de las sociedades subsidiarias totalmente controladas, sin que nadie haya afirmado la necesidad de prohibición de las mismas. Este último fenómeno se presenta porque al no establecer la ley un mínimo de participación en el capital social, se constituyen sociedades en las cuales otra sociedad (sociedad madre) posee el 99% del capital y el resto de los accionistas el 1%⁽²⁴⁾. Se afirmó incluso que el propio Estado Nacional y sus Empresas cotidianamente negocian, autorizan, contratan o registran sociedades que declaradamente no son la unión de dos o más personas sino subsidiarias totalmente controladas⁽²⁵⁾.

La prohibición de este tipo societario implicaría un divorcio entre la normatividad y la normalidad o entre la norma y la praxis. Las sociedades

(23) Este argumento fue combativo por Orgaz, ob. cit., p. 309. El sostiene que si bien los juristas modernos han afirmado la posibilidad de que una persona tenga más de un patrimonio, ninguno de esos juristas pretendió nunca que la posibilidad de dividir el patrimonio pueda dejarse librada a la exclusiva voluntad de los particulares. Castro y Bravo (ob. cit., p. 37), criticando la posibilidad de que la empresa individual tenga un patrimonio independiente, afirma que para que haya patrimonio separado se requeriría: a) un destino especial de los bienes, causa jurídica de la separación, b) creación de una titularidad especial, cuyas facultades están a servicio del especial fin del patrimonio, c) mantenimiento formal de la separación. De estos requisitos carecería la Empresa individual de responsabilidad limitada. Sería un absurdo hablar de dos patrimonios o de dos personalidades, una física y otra jurídica, sin más ratio que la conveniencia del mismo interesado, con titularidades de igual carácter e ilimitadas (arbitrio individual) y sin más posibilidad práctica de regular el paso de bienes de un patrimonio a otro. Los resultados que se obtendrían, según este autor, pudieran ser curiosos: préstamos, letras de cambio, hipotecas, pleitos, transacciones y quizá hasta hurtos entre ambos patrimonios. Nosotros consideramos que aún siguiendo la teoría de Castro y Bravo sobre los requisitos para que exista un patrimonio separado, los mismos se encontrarían presentes en la SRL unipersonales. La negación de tal circunstancia no pasa de ser una petición de principios.

(24) Esta es la situación normal en nuestro país con relación a las sociedades hijas de empresas multinacionales: Así en el caso Parke Davis (C.S.J.N. 31/7/73) se comprobó que la sociedad madre era titular del 99,95% del capital social. En el caso Mellor Goodwin (C.S.J.N. 18/10/73) la sociedad madre poseía el 99% del capital. En el famoso caso Swift, la Cámara de Apelaciones en lo Comercial (Sala C, fallo del 6/6/72) expresó que Deltec era propietaria del 99% del paquete accionario de Cia. Swift de la Plata S.A. En re Ford Motor S.A. (C.S.J.N. 2/5/74) se manifestó que en acto de constitución de la sociedad se suscribieron 2.000.000 de acciones, de las cuales sólo 900 lo fueron por varias personas físicas, siendo las restantes por Ford Motor Co., al igual que las sucesivas emisiones. Véase Dobson, ob. cit., pp. 502 y ss.

(25) Le Pera, Pclo. y Dogma..., ob. cit., pp. 249 y ss.; Según Satanowsky (Tratado de Derecho Comercial T. III, Buenos Aires, 1957, p. 311) en tal supuesto estaríamos en presencia de un acto fiduciario, modalidad del negocio jurídico indirecto. Tal actuación, que buscaría limitar la responsabilidad no sería inválida. Esta posición sin embargo no encontró eco en la doctrina nacional. Críticas al respecto puede verse en Colombes, ob. cit., p. 32.

unipersonales serían un hecho cotidiano, la forma normal que emplea todo comerciante o industrial para el ejercicio de su actividad empresarial individual, y además una figura corriente en el capítulo de las agrupaciones de empresas⁽²⁶⁾. La prohibición de las sociedades unipersonales fundada en el temor de los abusos a que puede dar lugar, peca, según Le Pera⁽²⁷⁾, por exceso y por defecto. Por exceso porque la prohibición afectaría a situaciones que según las pautas sociales no merecen reproche alguno. Por ej. la del empresario individual que organiza su actividad a través de una SRL aportando a la misma un capital quizás superior al capital aportado por los fundadores de una S.A.⁽²⁸⁾, o la de los grupos de sociedades (Wholly-Owned Subsidiaries) que se organizan de esta manera por diversas razones: ventajas impositivas u organizativas o simplemente históricas, cuando por ej. la sociedad dependiente era una sociedad independiente antes de su adquisición por el grupo. Por otro lado pecaría por defecto, porque el mismo problema funcional se presenta incluso en el caso de las sociedades simplemente controladas (pero no Wholly-Owned). Los argumentos esgrimidos en contra del reconocimiento de las sociedades unipersonales por las dificultades que acarrea desde el punto de vista práctico (la socialización de los riesgos y la falta de responsabilidad por los actos propios), son temas que se refieren en definitiva al fundamento de la responsabilidad limitada, tema que analizaremos a continuación.

III. Fundamento de la responsabilidad limitada

1. Introducción

El fundamento de la responsabilidad limitada ha despertado controversias en la doctrina desde su aparición en el mundo jurídico. La responsabilidad limitada no pertenece, tal como lo hemos manifestado⁽²⁹⁾ necesariamente al concepto "persona jurídica". En nuestro país se puede apreciar más claramente este fenómeno ya que las sociedades regladas en la Ley 19.550 son personas jurídicas; sin embargo sólo algunas de ellas gozan

(26) Este argumento fue contestado por Halperín (ob. cit., p. 112), en el sentido de que la violación de la ley no es un argumento de valor ni serio: con el mismo criterio, según este autor, debiera legislarse el tráfico de drogas, el contrabando, etc. en razón de su difusión. No se habría demostrado que las violaciones a la ley sean merecedoras de una regulación jurídica que tutele ese interés. Esta crítica no parece, sin embargo, exagerada, pues el derecho no puede desconocer un fenómeno económico que no es ilegítimo ni ilícito per se.

(27) Le Pera, *Sociedades Unipersonales...*, p. 12.

(28) Véase igualmente Rotondi, ob. cit., pp. 336 y ss.

(29) Moeremans, *Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften, Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschen un argentinischem Recht*, Diss. Münster 1989, p. 18; el mismo *Extensión de la responsabilidad de los socios en la sociedades de capital en virtud del "disregard of the legal entity"*, RDCO 1989, pp. 713 y ss.; Wiedemann, *Gesellschaftsrecht Bd. 1*, München 1980, p. 202; Dobson, ob. cit., p. 63.

del privilegio de la responsabilidad limitada. Una mirada histórica en la Sociedad Anónima demuestra que la responsabilidad limitada es resultado de una joven positivización⁽³⁰⁾.

La recepción tardía de la responsabilidad limitada fue ocasionada por el liberalismo del siglo XIX. La responsabilidad ilimitada era la otra cara de la libertad. Quien quería formar una sociedad debía correr con el riesgo⁽³¹⁾. Esta regla encuentra su correspondiente en el campo de la administración de la sociedad. En las sociedades de personas, responden normalmente quienes son llamados a administrar la sociedad y quienes tienen la representación de la misma: El socio comanditario no responde, según el derecho argentino mientras no realice actos de administración (art. 137 de la Ley de Sociedades). En las sociedades de capital, los socios no son llamados ni a administrar la sociedad ni a representarla; a ello sólo están legitimados los órganos sociales. La falta de responsabilidad es un correlato de la imposibilidad de influenciar en las actividades de la empresa⁽³²⁾. A través de la responsabilidad ilimitada debía también impedirse la concentración del capital como fuente de poder.

La responsabilidad limitada no era entonces querida, ella perjudicaba la libre competencia, llevaba a la creación de monopolios, conculcaba el derecho de libertad y dañaba el bienestar general⁽³³⁾. A esas argumentaciones contrarias a la recepción de la responsabilidad limitada se confrontaron empero dos elementos que hicieron que la responsabilidad limitada haya sido introducida y recibida en la legislación. Primero — razón externa — el riesgo excesivo, riesgo que sin la posibilidad de limitar la responsabilidad no hubiera sido suportado⁽³⁴⁾. El empresario puede quizá influir en la dirección de la empresa, pero ello no significa que él esté en la situación de dominar los riesgos propios que trae aparejada la actividad de aquélla, y segundo — razón interna — la poca posibilidad que tenían los accionistas de influenciar sobre las decisiones sociales⁽³⁵⁾.

2. *Requisitos*

La Responsabilidad Limitada es entonces un privilegio que el ordenamiento jurídico establece a favor de determinadas personas (socios con

(30) GroBfeld, *Aktiengesellschaft, Unternehmenkonzentration und Kleinaktionär*, Tübingen 1968, pp. 103 y ss.

(31) Limbach, *Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit*, GmbH-Rdsch 1967, pp. 71 y ss.

(32) Biaurock, *Einfluß im Unternehmen und die gesellschaftliche Haftungsstruktur*, FS Stimpel 1985, pp. 553 y ss.

(33) Halperín, ob. cit., p. 112; GroBfeld, ob. cit., p. 107; Karsten Schmidt, *Zur Stellung der OHG im System der Handelsgesellschaft*, Bonn 1972, pp. 108-110.

(34) Conf. Garrigues, ob. cit. p. 693.

(35) GroBfeld, ob. cit., p. 107.

responsabilidad limitada), a los efectos de que ellos pueden visualizar, calcular y limitar el riesgo de su inversión⁽³⁶⁾. Tal privilegio se otorga ya sea por la falta de ingerencia en la administración de la empresa, ya sea en razón de la imposibilidad de dominar todos los riesgos que trae aparejada la actividad societaria. Con ello el legislador pretende fomentar actividades de intercambio y/o producción de bienes y servicios⁽³⁷⁾. Ahora bien, la desventaja de la responsabilidad limitada radica en la ya mentada posibilidad de socialización de los riesgos, riesgos que son suportados por los consumidores, acreedores pequeños y a veces también por los accionistas minoritarios. Es por ello que los derechos positivos exigen normalmente, para que determinados sujetos gocen de la limitación de responsabilidad, los siguientes requisitos: a) reglas severas relacionadas con la integración del capital (obligación de integración mínima, valuación de aportes no dinerarios, etc.); b) reglas destinadas a la conservación del capital (por ej. prohibición de distribuir dividendos no devengados); c) prohibición de subcapitalización⁽³⁸⁾ (la sociedad debe estar dotada con el capital necesario para cumplir con el objeto social, es decir, debe haber una razonable relación entre el capital social y el fin económico de la sociedad)⁽³⁹⁾; d) la obligación de solicitar la apertura del concurso en caso de insolvencia. Por último cabe acotar que la limitación de responsabilidad también serviría para sanear empresas que se encuentren en crisis y localizar la empresa insolvente en el contexto de una agrupación de empresa⁽⁴⁰⁾.

(36) Blaurock, ob. cit. p. 553. En contra Richard, ob. cit. pp. 47-51 para quien la responsabilidad limitada constituye un privilegio para los acreedores de los socios. El sostiene que el bien jurídico tutelado con la separación patrimonial no es la limitación de responsabilidad del propietario de la empresa, sino "los intereses de quienes se vinculan con el mismo en razón de la funcionalidad o finalidad del negocio, actividad o empresa que explota" (p. 49). Según nuestra opinión este autor confunde el fundamento con la legitimación de la responsabilidad limitada. En efecto, que los acreedores sociales puedan cobrar sus créditos con preferencia a los acreedores particulares del socio no es un privilegio sino el reverso del privilegio otorgado por la ley a quienes gozan de la responsabilidad limitada, es decir del hecho de que aquéllos acreedores no podrán accionar contra el patrimonio privado del socio.

(37) Véase Fezer, nota 16 quien sostiene que la necesidad económica de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada como una forma de organización empresarial se vé probada por la amplia difusión de la misma; véase también Dobson, ob. cit., pp. 63-64. Wiedemann (Gesellschaftsrecht Bd. I München 1980, p. 727) sostiene que la responsabilidad limitada permite la participación en el mercado de pequeñas y medianas empresas. Esta afirmación ha sido criticada por Roth (Zur "economic analysis" der beschränkten Haftung, ZGR 1986, pp. 371 y ss) quien sostiene que principalmente son las grandes empresas quienes disfrutan de este privilegio.

(38) Karsten Schmidt, ob. cit., p. 398.

(39) Blaurock, ob. cit., p. 553.

(40) Wiedemann, ob. cit., p. 727.

IV. La Sociedad Unipersonal en la Legislación societaria

El Código de Comercio, vigente en materia societaria hasta la sanción en 1972 de la Ley 19.550, definía a la sociedad en el art. 282, como 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 pudiera resultar. Es decir, se requería para que se constituyera una sociedad la presencia de dos o más personas. La pluralidad se debía mantener durante toda la existencia de la misma (41).

Con posterioridad a la sanción del Código de Comercio fueron presentados sin éxito diversos proyectos legislativos tendientes a la recepción de la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal. Ejemplos son el del Senador Guzman en 1929 (42), en oportunidad de discutirse la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada de 1932 (Ley 11.645); el del Diputado Oscar Rosito presentado en 1940 bajo el título de "Empresa Unipersonal con responsabilidad limitada" (43). En el año 1949 el Senador Gomez de Junco presentó otro proyecto denominado "Responsabilidad Limitada Personal", el cual sólo logró media sanción (44).

La Ley de Sociedades 19.550, de 1972, no aceptó la posibilidad de constitución de sociedades unipersonales. Según el art. 1:

"Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción de bienes y servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas."

La ley rechaza también la posibilidad, tal como lo apuntamos, que la sociedad devenga unipersonal, conforme surge del art. 94, inc. 8. Sin embargo cuando ello ocurre la sociedad no se disuelve *ipso iure* sino que debe el socio único en el plazo de 3 meses reconstituir la pluralidad, es decir, incorporar nuevos socios. Caso contrario la sociedad se disuelve. Durante el plazo en que la sociedad es unipersonal responde el socio único solidaria e ilimitadamente por las deudas sociales (art. 98, inc. 4 2da. parte).

(41) Véase Alconada Aramburú, Código de Comercio y Leyes complementarias anotadas, Buenos Aires, 1968, p. 193.

(42) El art. 9 propuesto por el Senador Guzmán establecía que "las empresas o entidades formadas por una sola persona podrán constituirse igualmente con capitales limitados, sujetándose en todas sus partes a las prescripciones de la presente ley". Véase Rotondi, ob. cit. p. 336.

(43) Véase Diario de Sesiones, Cámara de Diputados de la Nación del 11 de Septiembre de 1940, p. 2.801.

(44) El Texto del Proyecto puede verse en Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 7 de Julio de 1949.

V. Proyecto de Unificación: Posibilidad de constitución de sociedades unipersonales

El sector de la doctrina nacional que bregaba por el reconocimiento de las sociedades unipersonales logra imponerse finalmente en el Proyecto de Unificación. El art. 1 de la ley de sociedades es reformado, redefiniéndose a la sociedad de la siguiente manera:

“Habrá sociedad a los fines de esta ley cuando *una o más personas*, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en su capítulo 2, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.”

Agrega la segunda parte que las disposiciones de esta ley sólo se aplican a los tipos legislados en su capítulo 2, es decir, a las sociedades colectivas, comandita simples, capital e industria, SRL, SA, SCA. En una primera lectura pareciera que todas las sociedades comerciales pueden constituirse con un sólo socio. Pero el nuevo art. 94 al hablar de las causales de disolución, en su número 8 establece que la sociedad se disuelve por la reducción, a uno del número de socios, siempre que no se incorporen nuevos socios en el plazo de tres meses. Durante este período el socio único será responsable ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales contraídas, aclarando que lo dispuesto precedentemente no será aplicable cuando el socio único lo sea de una sociedad anónima o SRL, esto último en concordancia con los arts. 146 y 165 del Proyecto.

El art. 146 establece que la SRL puede ser constituida por un único socio, si éste es una persona física. Tratándose de S.A. el art. 165 establece en cambio que aquella puede ser constituida por acto único o por un solo socio, sea éste persona física o jurídica. Es decir, si bien acepta la constitución de una sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, el socio único debe ser necesariamente una persona física. De este modo colmaría la reforma las legítimas expectativas del pequeño empresario⁽⁴⁵⁾. Fuera de los mencionados artículos no se hace en el proyecto de unificación mención alguna a estos tipos de sociedades. La sociedad unipersonal, en los tipos permitidos, es sujeto de derecho (art. 2). La ley no establece un límite a la posibilidad de multiplicar los centros de imputación diferenciados, de manera tal que una sola persona física puede constituir múltiples personas jurídicas.

La recepción de las sociedades unipersonales ha sido aprobada en general por vastos sectores doctrinales⁽⁴⁶⁾. Sin embargo ha sido criticada

(45) Salerno, *La Empresa ante un Proyecto de Unificar la legislación civil y comercial*, LL 1987-E, S. 1079 y ss.

(46) Suarez Anzorena/Veiga y Otros, obs. cit.; Salerno, ob. cit. pp. 1079 y ss; Richard, p. 46.

la forma en que esta incorporación se llevó a cabo, ya que la unipersonalidad propuesta por las solitarias normas mencionadas, no encuadra dentro de la actual regulación societaria, que descansa en la pluralidad ni se integra con otras previsiones específicas⁽⁴⁷⁾. Ejemplo de ello se pueden encontrar con relación a la formación de la voluntad social; interés contrario del socio único, y la falta de limitación de las distintas masas de bienes que componen el patrimonio de una persona, para establecer el mecanismo de la responsabilidad patrimonial, según el carácter de las deudas contraídas y sus correspondientes garantías⁽⁴⁸⁾, punto sobre nos detendremos infra. También existe una laguna para el caso de que la sociedad unipersonal no llegue a constituirse por vicio de forma o anomalías en un elemento tipificante, ya que en tal supuesto no se constituiría una sociedad simple, pues para que ésta exista se requieren dos o más personas (art. 1652 del Proyecto)⁽⁴⁹⁾.

B. *Protección de los acreedores*

I. *Introducción*

El tema de la protección de los acreedores o del capital social es de suma importancia en el caso de sociedades unipersonales. Esta estructura societaria puede dar lugar a que la separación patrimonial no se preserve o que se cometan abusos, o tentativas de fraude a los acreedores en grado más intenso que en las sociedades plurilaterales, pues los controles internos de toda organización societaria plural aquí no funcionan, o no funcionan con la misma facilidad⁽⁵⁰⁾. Debido a esta razón es que en el derecho comparado la legislación ha intensificado los mecanismos de defensa.

“Las dudas que este tipo societario despierta desde el punto de vista político-jurídico no pueden quedar sin influencias: Se deben contar con controles adecuados a fin de asegurar el tráfico negocial y en particular garantizar adecuadamente los intereses de los acreedores.”⁽⁵¹⁾

En Argentina estos mecanismos deberán ser logrados, en caso de ser convertido en ley el proyecto, a través de los instrumentos ya existentes

(47) Suarez Anzorena/Veiga y Otros, obs. cit.

(48) Conf. Salerno, ob. cit., pp. 1079 ff.

(49) Manóvil, ob. cit. pp. 81-82; En contra Richard, op. cit. p. 170 nota 1 quien sostiene que en tal caso serían de aplicación las disposiciones de la sociedad simple, de tal forma que los bienes afectados por el socio único al giro social deben afectarse preferentemente a la satisfacción de los débitos de las operaciones de la Empresa. Por la razón expuesta en el texto nosotros consideramos que en tal caso no se constituye sociedad alguna, debiendo responder el socio ilimitadamente por las obligaciones que hubiera contraído.

(50) Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, Köln/Berlin/München 1986, p. 917.

(51) Schmidt Karsten, *Gesellschaftsrecht*, p. 917.

en la ley de sociedades. Cuáles son algunos de estos instrumentos es lo que estudiaremos a continuación.

II. *Capital Mínimo*

Ni la Ley de Sociedades ni el Proyecto de Unificación exigen, tratándose de sociedades de Responsabilidad Limitada, un capital mínimo. Esta falencia la consideramos remarcable, pues, como dijimos supra, la existencia de un capital mínimo constituye uno de los requisitos legitimantes de la responsabilidad limitada. Es decir, no basta que el capital social sea reservado para satisfacer a los acreedores sociales, sino que se requiere *ab initio* la existencia de un capital que sea suficiente para llevar a cabo el objeto social. Recordemos que como han sostenido Hommelhoff y Lutter⁽⁵²⁾:

“E stato infatti diagnosticato che la diffusa assenza di capitali proprio di rischio costituisce uno dei motivi principali della perdita da parte di molte imprese dell'indispensabili forza di resistenza e della conseguente loro rapida caduta nel disastro economico; da un punto de vista economico generale, poi, l'assenza di adeguati capitali rappresenta un serio pericolo per gli investimenti e per le innovazioni (orientate al futuro).”

No se nos escapa que es un arduo problema determinar qué capital debe ser aportado en general, pues ello depende, como dijimos del objeto social. Sin embargo, la exigencia de un capital mínimo fijado abstractamente significa un umbral o signo de seriedad por parte de los socios⁽⁵³⁾.

III. *Suscripción e Integración del capital*

En las SRL el capital debe suscribirse íntegramente en el momento de su constitución. En caso de consistir el aporte en dinero, debe integrarse como mínimo el 25% y completarse en un plazo de 2 años. Su cumplimiento se acredita al tiempo de ordenarse la inscripción en el registro de comercio. Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal creemos conveniente exigir que la integración sea completa en el momento de la inscripción o que caso contrario el 75% restante sea garantizado suficientemente por el socio único, tal como acontece por ej. en la legislación alemana⁽⁵⁴⁾.

(52) Hommelhoff y Lutter, *Il diritto delle imprese e delle Società nella Repubblica Federale Tedesca (1980-1984)*, Revista de la Società, Milano, 1986, p. 120.

(53) Basta ver en este sentido en la doctrina alemana Blaurock, ob. cit., pp. 553 y ss. Ver igualmente infra: conclusiones.

(54) § 7 de la Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada con las modificaciones de 1980. En la ley del comerciante del Paraguay se dispone que el capital se debe integrar totalmente en el acto de la constitución de la empresa. Véase al respecto Etcheverry, ob. cit. p. 836.

Tratándose de aportes en especie deben integrarse completamente y su valor se justificará conforme al art. 51 de la Ley de Sociedades⁽⁵⁵⁾. Si el socio opta por realizar valuación por peritaje judicial, cesa la responsabilidad por la valuación que le impone el art. 150⁽⁵⁶⁾. Al respecto sería preferible, tratándose de sociedades unipersonales, que los aportes en especie sean o bien directamente valuados a través de un peritaje judicial o bien a través del procedimiento establecido en el art. 53 de la ley de sociedades (aprobada por la autoridad de contralor). Ello basado en el hecho de que la responsabilidad solidaria e ilimitada que la ley impone en caso de sobrevaluación puede tener mero efecto lícito, si el socio único es o deviene insolvente sin haber cumplido su obligación.

También se establece que en el caso de transferencia de cuotas, la garantía del cedente subsiste por las obligaciones sociales contraídas hasta el momento de la inscripción de la cesión. El adquirente garantiza a su turno los aportes conforme se ha manifestado supra, sin distinción entre obligaciones anteriores o posteriores a la fecha de la inscripción⁽⁵⁷⁾. El cedente que no haya completado la integración de las cuotas, está obligado solidariamente con el cesionario por las integraciones todavía debidas. La sociedad no puede demandar el pago sin previa interposición al socio moroso. El pacto en contrario es ineficaz respecto de terceros (art. 150). Por último los arts. 37 a 53 establecen reglas generales sobre los aportes⁽⁵⁸⁾.

(55) El art. 51 reza: "Los aportes en especie se valorarán en la forma prevenida en el contrato o, en su defecto, según los precios de plaza o por uno o más peritos que designará el juez de la inscripción. En las sociedades de R.L. y en comandita simple para el aporte de los socios comanditarios, se indicarán en el contrato los antecedentes justificativos de la valuación. En caso de insolvencia o quiebra de la sociedad, los acreedores pueden impugnarla en el plazo de 5 años de realizado el aporte. La impugnación no procederá si la valuación se realizó *judicialmente*".

(56) Este artículo establece que los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes. El mismo artículo establece que la sobrevaluación de los aportes en especie, al tiempo de la constitución o del aumento del capital, hará solidaria o ilimitadamente responsables a los socios frente a los terceros por el plazo del art. 51, último párrafo.

(57) Véase al respecto Shaw, *Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales*, Buenos Aires, 1986, pp. 113 y ss.

(58) El art. 37 establece que el socio que no cumpla con el aporte en las condiciones convenidas incurre en mora por el mero vencimiento del plazo, y debe resarcir daños e intereses. El art. 39 establece que tratándose de sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada. Según el art. 40 se pueden aportar derechos siempre que se encuentren debidamente instrumentados y no sean litigiosos. Tratándose de cesión de créditos, el socio responde por la existencia y legitimidad de los mismos (art. 41). También se pueden aportar títulos cotizables (art. 42), bienes gravados pero sólo por su valor deducido el gravámen (art. 43), fondos de comercio (art. 44), en cuyo caso debe procederse a realizar inventario y avalúo y dar cumplimiento a las disposiciones de la ley de transferencia de fondo de comercio.

Estos dispositivos se aplican también en caso de aumento del capital social⁽⁵⁹⁾.

IV. *Conservación del capital social*

Disposiciones tendientes a la protección del capital social y por lo tanto a los acreedores se encuentran en el art. 13 de la Ley de Sociedades Comerciales. Este artículo en su inc. 3 establece que es nula la cláusula por la cual se asegure al socio su capital o las ganancias eventuales. En cuanto a los dividendos el art. 68 de la ley establece que éstos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto aprobado por el órgano social competente, salvo el caso previsto en el art. 224, segundo párrafo (este caso se refiere a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada que se encuentran sujetas a fiscalización estatal permanente). En caso de distribuirse ganancias en violación a este artículo, las mismas son repetibles, con excepción del supuesto previsto en el art. 225 (que hace mención a que no son repetibles los dividendos percibidos de buena fé). El art. 70 de la ley establece que las sociedades de responsabilidad limitada deben efectuar una reserva no menor del cinco por ciento de las ganancias realizadas y líquidas que arroje el estado de resultados del ejercicio, hasta alcanzar el 20% del capital social. Por el art. 71 no se pueden distribuir ganancias hasta tanto no se cubran las pérdidas de ejercicios anteriores. Por último el art. 94, inc. 5, exige que la sociedad se disuelva cuando se ha perdido el capital social. Sin embargo tal disolución no se produce (art. 96) si los socios acuerdan el reintegro total o parcial del capital o su aumento.

V. *Responsabilidad del gerente. Posibilidad de autocontratación*⁽⁶⁰⁾

La SRL es administrada y representada por uno o más gerentes que pueden ser socios o no (art. 157 de la ley de sociedades). El o los gerentes tienen los mismos derechos, obligaciones, responsabilidades e incompatibilidades que los directores de las S.A. (art. 157, tercer párrafo). El art. 264 de la ley de sociedades establece cuáles son las prohibiciones e incompatibilidades.

(59) Véase Garrine, Manual de Derecho Comercial, Buenos Aires, 1978, pp. 243 y ss.

(60) Este tema si bien se refiere a las relaciones internas de la sociedad, tiene implicancia con la protección de los acreedores. Para demostrarlo basta mencionar el caso fallado por la jurisprudencia de Alto Tribunal Alemán (BGHZ 33, 189). El gerente-socio de una SRL unipersonal se transmitió un automóvil de la sociedad. Al caer la sociedad en concurso el síndico demandó la restitución del vehículo. El alto Tribunal hizo lugar a la demanda afirmando que se trataba de una autocontratación que violaba lo dispuesto en el § 181 BGB. El socio sólo podría autocontratar si en el contrato social se lo hubiese autorizado a ello pero no a raíz de una decisión asamblearia. Al respecto puede verse Kübler, Gesellschaftsrecht, Heidelberg 1986, p. 313.

tibilidades para ser gerentes ⁽⁶¹⁾. El cargo es personal e indelegable (art. 266) y deben prestar garantía (art. 256). Según el art. 273, el gerente no puede participar por cuenta propia o de terceros, en actividades en competencia con la sociedad, salvo autorización expresa de la asamblea, so pena de incurrir en la responsabilidad del art. 59 ⁽⁶²⁾. Tratándose de una sociedad unipersonal hay que distinguir dos casos: el gerente es el mismo socio (caso que será el más frecuente) o puede tratarse de un tercero. En este último caso la autorización expresa de que habla la ley deberá ser otorgada por el socio, quien ejercerá las funciones de la asamblea. En el primer supuesto (el socio es al mismo tiempo gerente), la ley no prevé si debe abstenerse lisa y llanamente de actuar o si puede nombrar un gerente *ad hoc*. Según nuestro parecer, el socio único debe abstenerse. En efecto, sabemos que tratándose de sociedades de responsabilidad limitada plural la actividad de competencia de un socio lo hace posible de exclusión en los términos del art. 91 de la ley ⁽⁶³⁾, pero qué ocurre cuando se trata de una sociedad unipersonal. ¿Quién será el encargado de velar por el cumplimiento del deber de lealtad del socio único? Es por ello que nosotros consideramos como conveniente establecer en este caso una genérica prohibición de realizar actos que importen competir con la sociedad, debiendo en caso contrario responder por los daños y perjuicios resultantes ex art. 59 de la ley de sociedades.

En caso de mal desempeño de sus funciones responden los gerentes ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los socios y los terceros, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave (art. 274 de la ley de sociedades). En una sociedad

(61) Art. 264: "No pueden ser directores ni gerentes: 1) quienes no pueden ejercer el comercio. 2) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco años después de su rehabilitación; los directores o administradores de sociedad cuya conducta se califique de culpable o fraudulenta, hasta diez años después de su rehabilitación. 3) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fé pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez años de cumplida la condena. 4) Los funcionarios de la Administración Pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos años del cese de sus funciones".

(62) Este artículo prescribe que los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

(63) El art. 91 establece en su primera parte que cualquier socio en las sociedades mencionadas en el artículo anterior, en las de responsabilidad limitada y los comanditados de las en comandita por acciones, puede ser excluido si mediare justa causa. Es nulo el pacto en contrario. Véase Zunino, Comentario del Régimen de las Sociedades Comerciales, Buenos Aires, 1987, p. 164.

de responsabilidad limitada unipersonal, si el gerente es el socio único no existe literalmente la posibilidad de poner en funcionamiento lo establecido por el art. 275⁽⁶⁴⁾, en cuanto a la viabilidad de extinguir la responsabilidad interna para casos que no sean derivados de violación a la ley, del estatuto o del reglamento⁽⁶⁵⁾. En caso de quiebra de la sociedad, la acción de responsabilidad puede ser ejercida por el representante del concurso, o en su defecto por los acreedores individualmente (art. 278), ello sin perjuicio de las acciones individuales que tengan los terceros contra el o los gerentes (art. 279).

En cuanto a la posibilidad de autocontratación, el art. 271 establece:

“El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que esta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado.

Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previo aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quorum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea.

Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Los contratos celebrados en violación a lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueran ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.”

Esta norma, como lo hemos manifestado, es aplicable a los gerentes de las sociedades de responsabilidad limitada (conf. art. 157 de la ley de sociedades)⁽⁶⁶⁾. En el caso que analizamos (SRL unipersonales) tenemos que distinguir nuevamente entre el caso de gerente-socio único y gerente-tercero. En este último supuesto el artículo citado es aplicable *mutatis mutandis*, entendiéndose que el gerente debe solicitar autorización el socio único (que ejercerá las funciones de la asamblea), para celebrar contratos que no sean de la actividad en que la sociedad opere y que no reúnan las

(64) Según este texto la responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, el estatuto o reglamento y si no media oposición del 5% del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en caso de liquidación coactiva o concursal.

(65) En tal caso puede establecerse que el juez puede aprobar la gestión del socio-gerente o a través del nombramiento de síndico o de algún mecanismo similar.

(66) Véase Cámara, Derecho Societario, p. 749; Shaw, ob. cit., pp. 179 y ss.

condiciones de mercado. Caso contrario será el contrato nulo de nulidad relativa. Esta nulidad sólo puede ser declarada por el juez a pedimento del socio único, mas no por parte de un tercero contra quien la sociedad hace valer el acto⁽⁶⁷⁾. El gerente debe responder, en caso de que el socio único solicite la declaración de nulidad del acto, de los daños y perjuicios que hubiera irrogado a la sociedad (art. 59 LSC).

El segundo caso (socio único-gerente) es más complicado de resolver. Nosotros consideramos que debe interpretarse teleológicamente el artículo, teniendo en consideración que la *ratio legis* consiste en evitar abusos del gerente que puedan perjudicar a los socios y a la integridad del capital social⁽⁶⁸⁾. En el caso de sociedad unipersonal administrada y representada por el socio único cobra relevancia el segundo aspecto mencionado, es decir, la protección de la integridad del capital social y por ende la protección de los acreedores sociales. Es por ello que consideramos que el socio único-gerente puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y siempre que se concierten en las condiciones de mercado. Em caso contrario pensamos que debe abstenerse de contratar, siendo el contrato celebrado en infracción de la prohibición anulable a solicitud de los acreedores por tratarse de una nulidad relativa⁽⁶⁹⁾.

VI. Responsabilidad por control, Penetración de la Personalidad Jurídica

En las SRL unipersonal nos encontramos indudablemente ante una situación de control de derecho, previsto en nuestro derecho societario por el art. 33⁽⁷⁰⁾ de la Ley de Sociedades. Si bien este artículo se refiere literalmente a la situación de una sociedad controlada por otra, su normativa se aplica también el caso de control de una sociedad a través de una persona

(67) Cámara, Derecho Societario, p. 764.

(68) Cámara, Derecho Societario, p. 742.

(69) Esta solución deriva de la circunstancia de que la nulidad relativa sólo puede ser alegada por la parte a favor de quien se la estableció, en este caso los acreedores sociales. Véase al respecto Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General T. II, Buenos Aires, 1970, p. 635. La prohibición de autocontratación en el caso de sociedades unipersonales ha sido establecida en forma estricta por el § 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana en la formulación de 1980. Este parágrafo en su número 4 establece que encontrándose todas las cuotas sociales en manos de un solo socio y es a su turno el único gerente, se aplican a los negocios con la sociedad el § 181 del BGB que prohíbe la autocontratación, salvo cuando el representado (en este caso la sociedad) obtiene una ventaja jurídica o se trata del cumplimiento de una obligación.

(70) El art. 33 reza: "Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias. 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades..."

física⁽⁷¹⁾. El control también se encuentra normado en el art. 165, inc. 2, letras a) y b) de la Ley de Concursos⁽⁷²⁾. El control de por sí no genera en el derecho argentino responsabilidad alguna⁽⁷³⁾, ya que éste no se encuentra prohibido por la legislación argentina sino reglamentado. Sin embargo, cuando además de la situación de control se presentan otros fenómenos, los mismos pueden dar lugar a que el socio único sea directamente responsable de los perjuicios causados a los acreedores. Esta responsabilidad puede derivar de la aplicación de la doctrina de la penetración de la personalidad jurídica, instituto recibido con modificaciones en el art. 54, tercer párrafo de la ley de sociedades y en el art. 165 de la Ley de Concursos.

1. *Responsabilidad derivada del art. 54 de la Ley de Sociedades: Inoponibilidad de la persona jurídica*

Un sector de la doctrina, como así también el Proyecto de Unificación, parten de la idea de que los posibles abusos que pudieran derivar de la Sociedad Unipersonal de Responsabilidad Limitada se resolverán a través de la aplicación del instituto de la penetración, principalmente a través del art. 54, tercer párrafo de la Ley 19.550, en su redacción conforme a la Ley 22.903⁽⁷⁴⁾.

(71) Véase Manóvil, ob. cit., p. 87.

(72) El art. 165, inc. 2, prescribe que "... A los fines de esta sección, se entiende por persona controlante: a) aquella que en forma directa o por intermedio de una sociedad a su vez controlada, posee participación por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social y b) cada una de las personas que, actuando conjuntamente, poseen participación en la proporción indicada en el párrafo a) precedente y sean responsables de la conducta descripta en el primer párrafo de este inciso".

(73) Véase Etcheverry, Responsabilidad de la Persona Controlante en: Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1986, p. 579; Zavala Rodriguez, Derecho de la Empresa, Buenos Aires, 1972, p. 108; Otaegui, Concentración Societaria, RDCO 1987, pp. 79 y ss.

(74) Tal es la opinión entre otros de Le Pera, Sociedades Unipersonales..., p. 13 y de Richard, ob. cit., p. 47. La recepción de las sociedades unipersonales en la República Federal Alemana dió también lugar a que en la doctrina y jurisprudencia se hicieran profundas investigaciones sobre el tema de la teoría del Disregard y las sociedades unipersonales. Al respecto basta ver Schanze, Einmanggesellschaft und Durchgriffshaftung, Frankfurt a.M. 1975; Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955; Sibert, Einmann-GmbH und Strohmänn-Gründung, BB 1954, pp. 417-419. Sin embargo en la actualidad tal como lo sostuvimos en nuestro trabajo (Extensión de la Responsabilidad de los Socios, ob. cit. pp. 713 y ss.), tal tendencia se ha revertido debido a los desarrollos legales y jurisprudenciales tendientes a la protección de los acreedores. Ello porque como sostiene Wiedemann en su obra "Die Unternehmengruppe im Privatrecht", (Tübingen 1988, pp. 18 y ss., en especial p. 37) la extensión de la responsabilidad a través de la teoría de la penetración (Durchgriffshaftung) se ha extendido en el extranjero en aquellos países donde las prescripciones sobre protección del capital no existen o por lo menos no en la medida en que existen en Europa. Es por ello que consideramos más apropiado perfeccionar los mecanismos de defensa que recurrir a la teoría de la desestimación.

El artículo mencionado reza:

“El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios.

El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva.

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fé o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.”

En la primera parte de la norma se establecen las sanciones y responsabilidades por el daño causado a la sociedad en razón de la actuación culposa o dolosa del socio. En la segunda parte se establece una responsabilidad que ya se encontraba reglada en el código de comercio, aunque sin hacerse mención a los controlantes externos, innovación que trajo la Ley 22.903. Fundamento de esta responsabilidad es el deber de lealtad que tiene el socio. Además persigue la ley proteger el capital social, capital que es necesario para la actividad comercial de la sociedad y que debe ser reservado para la liberación de las obligaciones contraídas por aquélla. También, según nuestra opinión, puede ser utilizado esta parte del artículo para fundamentar analógicamente una responsabilidad del socio único por confusión de patrimonio.

El tercer párrafo del artículo considera que la personalidad jurídica de las sociedades es un recurso técnico destinado a lograr determinados fines lícitos en el marco que la ley faculta. Por ello la sociedad no debe ser utilizada para perseguir fines que sean contrarios a los establecidos en el art. 1 de la Ley de Sociedades.

Casos en los cuales se aplica el art. 54, tercer párrafo, son:

a) La actuación de la sociedad persigue fines extrasocietarios. En tal caso se presenta un abuso institucional de la sociedad. Bajo la apariencia de la actuación de aquélla se persiguen fines extrasocietarios. Como tales se interpreta aquellos fines que son contrarios al objeto establecido en el contrato social y que tienden a lograr intereses personales. Dándose el supuesto de hecho se posibilita la desestimación de la personalidad a favor de todos los acreedores.

b) La actuación de la sociedad constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fé. En el primer supuesto se encuentran incluidos los casos de fraude a la ley (*Gesetzesumgehung*). Con relación al orden público se refiere a casos en que se encuentren comprometidos principios económicos y jurídicos de raigambre constitucional ⁽⁷⁵⁾. En cuanto al principio de buena fé domina no sólo el derecho de sociedades sino también todo el ordenamiento jurídico.

c) El último supuesto se refiere a la utilización del instituto jurídico a fin de frustrar los derechos de terceros, es decir, estamos en presencia del llamado abuso personal. En este caso quedan comprendidos los supuestos de fraude contractual (*Vetragsumgehung*) o la transferencia de un patrimonio a una persona jurídica, a los efectos de desafectarlo como prenda común de los acreedores individuales.

En caso de presentarse los supuestos previstos por el art. 54 se producen dos consecuencias:

a) La personalidad jurídica de la sociedad no puede ser opuesta a los terceros. La actuación no será considerada como societaria, a pesar de ser formalmente tal, sino como personal de la persona que actuó (por hipótesis el socio único). En este sentido no existe en el derecho argentino el principio de responsabilidad subsidiaria, es decir, para que la imputación jurídica se realice al socio o controlante no es necesario que sociedad se encuentre en estado de insolvencia.

b) El socio o controlante debe responder en forma ilimitada por los daños causados. La solución concuerda con la opinión que sostiene que la responsabilidad derivada de la desestimación no siempre es ilimitada sino limitada a los daños causados. Como la sociedad no responde, se aparta esta solución parcialmente de la teoría del *Disregard of the legal entity*.

2. *Extensión de la Quiebra (art. 165 de la Ley de Concursos)*

El art. 165 de la Ley de Concursos regula en caso de extensión de la quiebra. El reza:

“La quiebra se extiende:

1. A toda persona que bajo apariencia de la actuación de la fallida, ha efectuado los actos en su interés personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios, en fraude a sus acreedores;

2. A toda persona controlante de la sociedad fallida, 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...

(75) Etcheverry, ob. cit., p. 594.

3. A toda persona respecto de la cual existe confusión patrimonial inescindible, que impide la clara delimitación de sus activos y pasivo o de la mayor parte de ellos.”

Para que la extensión de la quiebra pueda tener lugar es necesario que se cumplan los siguientes requisitos ⁽⁷⁶⁾:

a) Debe existir una situación de control. A pesar de que el art. 165 solamente en su inc. 2 se refiere al control, tal requisito se extiende a las otras situaciones, ya que caso contrario no se explicaría que una persona pueda actuar en interés propio (ya sea llevando a cabo negocios en interés personal, disponiendo de bienes de la sociedad como si fueran propios, o confundiendo los patrimonios [propio y social] en forma inescindible) bajo la apariencia de una actuación societaria.

b) La sociedad controlada debe haber sido declarada en quiebra.

c) El socio o controlante debe tener la intención de desviar el interés social o haber actuado en fraude de sus acreedores. Si esa intención falta debe haberse producido una confusión patrimonial inescindible.

El inc. 1 del art. 165 tiene una semejanza con el art. 54, 2do. párrafo de la ley de sociedades. Se diferencian sin embargo en que el artículo que analizamos tiende a proteger principalmente al capital social, que debe quedar reservado para satisfacer a los acreedores sociales. Las consecuencias jurídicas son por ello diferentes: En el art. 54 2do. párrafo tienen principalmente los otros socios una acción de daños y perjuicios o una acción tendiente a que el socio ingrese a la sociedad el producto de los negocios practicados. En el caso del art. 165 la consecuencia es la extensión de la quiebra.

El inc. 2 del art. 165 de la Ley de Concursos contempla el caso de abuso institucional. El abuso radica en un control que desvía el interés social, como en el supuesto del art. 54, tercer párrafo, de la ley de sociedades. Sin embargo el texto de la ley es diferente. Según el artículo que analizamos es necesario que el interés social se haya desviado a favor del socio controlante o del grupo económico. Es decir, los negocios practicados no tienden a satisfacer los intereses de la sociedad controlada, agravando de esta manera ilegítimamente la situación de los acreedores. Es ilegítimo porque el ejercicio del control no responde al modelo según el cual el accionar de los socios debe tender a obtener ganancias en el seno de la sociedad controlada y no en el patrimonio de la persona controlante o del grupo económico ⁽⁷⁷⁾. El control como tal no acarrea la extensión de la quiebra.

(76) Véase Moeremans, *Die Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften*, pp. 100 y ss.; Barbado, *Ley de Concursos Civiles y Comerciales* (anotado con Jurisprudencia), Buenos Aires, 1984.

(77) Véase Zahn, *Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich*, Diss. Düsseldorf 1985, pp. 10 y ss.

El art. 165-11 establece que no se extenderá la quiebra a pesar de existir un grupo económico, aún manifestados por relaciones de control, si no se reúnen los demás requisitos previstos en el art. 165.

El tercer inciso del art. 165 regula el caso de confusión patrimonial. Aquí no se exige culpa por parte del controlante, pero debe existir una confusión patrimonial calificada. Causa de esta regulación es la obligación de intangibilidad del patrimonio social impuesta a los socios. La responsabilidad limitada del socio exige que él respete la autonomía patrimonial. Sólo cuando el patrimonio social se encuentra individualizado tienen los acreedores la posibilidad de ver satisfechos sus créditos⁽⁷⁸⁾. Según nuestra opinión analógicamente puede utilizarse este principio (prohibición de confusión patrimonial) a otros casos, en donde no existe todavía una declaración de quiebra⁽⁷⁹⁾.

Los casos analizados no son, según nuestra opinión, los únicos supuestos en que puede aplicarse el instituto en cuestión. Tal como lo hemos manifestado⁽⁸⁰⁾, la inaplicabilidad del privilegio de la responsabilidad limitada deriva de la prioridad material de otras normas o principios éticos que formalmente son de igual rango. Por ej. tenemos por un lado el privilegio de responsabilidad limitada y por el otro el deber del socio de mantener la separación de su patrimonio del patrimonio societario⁽⁸¹⁾, deber éste que actúa como legitimante del primero. Si el socio no respeta dicha obligación, se produce una colisión entre ambos principios (separación de patrimonios y responsabilidad limitada). En tal caso el primero prevalece materialmente y por lo tanto se extiende la responsabilidad. Para ello se requiere una situación de control. Sin embargo este elemento no es causa suficiente, como ya lo hemos manifestado. El instituto por otro parte debe ser aplicado cuando el caso concreto no pueda ser solucionado a través de la aplicación de los principios generales del derecho civil o societario (principio de subsidiaridad).

VII. *Obligaciones contables de la Sociedad Controlada*

Ya hicimos mención que la existencia de una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal implica la existencia de una relación de control interno, según se desprende del art. 33 de la ley de sociedades. A fin de prevenir consecuencias desfavorables derivadas de esta situación, la ley exige a la sociedad controlada ciertas especificaciones contables. Entre ellas se encuentran la obligación de suministrar en el activo la siguiente informa-

(78) Véase Zahn, ob. cit., p. 169.

(79) Véase en nuestra jurisprudencia el caso "Banco de Río Negro y Neuquén c. Erjil, Ricardo Luis y Otros" del 28-8-1986, Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala Ia. en: RDCO T. 20, Buenos Aires, 1987, p. 266.

(80) Moeremans, Extensión de la Responsabilidad de los socios, p. 723.

(81) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, p. 184; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, p. 224.

ción: (Art. 63-I-b) — los créditos provenientes de las actividades sociales, incluyéndose por separado los créditos con sociedades controlantes (en el supuesto que nos ocupa, los créditos que tuviera la SRL unipersonal contra el socio único). En el pasivo (art. 63-2-I-a) deberá indicarse las deudas existentes a favor de sociedades controlantes (a favor del socio único). Con relación al estado de resultados el art. 64-I-b-8 establece que aquél deberá exponer los intereses pagados o devengados, indicándose por separado los provenientes por deudas con la sociedad o persona controlante.

C. Conclusiones

Consideramos que la recepción del instituto de la Sociedad Unipersonal en el Proyecto de Unificación es positiva, ya que ésta puede servir de instrumento para lograr una intensificación de la actividad productiva en nuestro país, sobre todo de los pequeños y medianos empresarios. También puede ser útil para asegurar la continuidad de una empresa unipersonal y su dirección en el caso de muerte de su titular⁽⁸²⁾. Por otra parte puede llevar al “sinceramiento” de empresas que de hecho son unipersonales, ya sea porque han sido creadas a través de testaferros, ya sea porque en el campo de la agrupación de empresas, son en realidad empresas hijas (Tochtergesellschaften) dependientes en un cien por ciento de la empresa madre (Muttergesellschaft). Creemos igualmente que desde el punto de vista teórico no existe ningún impedimento jurídico para que el legislador pueda prever la posibilidad de crear una persona jurídica a través de un negocio jurídico unilateral que tiene además la característica de ser un negocio de organización (Organisationsakt)⁽⁸³⁾.

Todo ello no significa sin embargo, que aplaudamos la forma en que se recibió en el Proyecto de Unificación el instituto mencionado. Tal como lo hemos mencionado, la recepción de la sociedad unipersonal exige una adaptación de la legislación societaria, pues ella tiene en mira sociedades plurales⁽⁸⁴⁾. También exige que se intensifiquen las medidas destinadas a la protección del capital social, que debe quedar reservado para satisfacer a los acreedores sociales, ya que éstos no gozan de la protección refleja derivada de la salvaguardia de los derechos de las minorías en el campo

(82) Véase al respecto Hüffer, Vorgesellschaft, Kapitalaufbringung und Drittbeziehungen bei der Einmanngründung Rechtsfragen nach dem Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des GmbHG, ZHR 142 (1978), pp. 486-510.

(83) Hüffer, *ob. cit.* pp. 486-491; Fezer, *ob. cit.* p. 613.

(84) En lo atinente a la formación de la voluntad social por ej. debería haberse establecido que en las sociedades de responsabilidad limitada unipersonal, las funciones de la asamblea serán ejercidas por el socio único. Las resoluciones del socio único deberán constar en el libro exigido en el art. 73, mediante actas confeccionadas y firmadas por el socio-gerente o por el socio y el gerente-tercero, cuando no fueran la misma persona, dentro del quinto día de tomada la decisión.

societario. En este sentido coincidimos plenamente con PALMERO⁽⁸⁵⁾ cuando sostiene que la finalidad de las disposiciones de Proyecto

“debe consistir en la necesidad de disciplinar, regular, entrar parámetros de certidumbre, arrojar transparencia a un fenómeno patrimonial lícito, de forma tal que sin vedarlos, sin prohibirlos, pero al mismo tiempo sin ignorarlos, se compatibilicen dos valores imprescindibles de la vida jurídica: libertad y seguridad o certeza.”

En tal sentido proponemos que se incorporen en el proyecto las siguientes disposiciones, tendientes a la protección de los acreedores y por lo tanto a brindar mayor seguridad en el tráfico jurídico:

1. La denominación social debería contener la indicación “Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal” a los efectos de que los terceros conozcan que están negociando con tal tipo de sociedad. También sería aconsejable que se diese a publicidad el capital afectado a la explotación⁽⁸⁶⁾.

2. Debería exigirse un capital mínimo⁽⁸⁷⁾. El capital además debe guardar concordancia con el objeto de la sociedad. Caso contrario debiera establecerse una regla específica destinada a sancionar los casos de infra-capitalización o subcapitalización calificada⁽⁸⁸⁾, es decir cuando los bienes aportados a la sociedad ostensiblemente son insuficientes para cumplir con el objeto social. La subcapitalización puede ser material o nominal⁽⁸⁹⁾:

(86) Véase al respecto las Leyes peruanas y portuguesas mencionadas supra, los arts. 2-3 y 9 de la Ley francesa N. 85-697 de Julio de 1985. Sobre la Ley francesa puede consultarse Salerno, Un acontecimiento jurídico: La nueva Ley francesa de “Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada”, ED del 19 de Septiembre de 1985, pp. 1-2; Art. 5 Proyecto del Senador Gomez de Junco de 1949 (Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 7 de Julio de 1949, p. 781) que establece que “en todos los documentos, facturas, anuncios y publicaciones emanados de la entidad creada por esta ley, la denominación de la persona responsable deberá ser precedida de las Palabras Entidad de Responsabilidad Limitada Individual, y la enunciación del Rubro del comercio y del capital afectado”.

(87) Véase Hommlhoff y Lutter (Il diritto delle imprese e delle Società nella Repubblica Federale Tedesca (1980-1984), Rivista de la Società, Milano 1986, p. 120.

(88) En el derecho nacional la subcapitalización puede de lege lata ser motivo para que el Juez del Registro niegue la inscripción de la sociedad, o para que se declare la disolución de la misma, según nuestra opinión, por aplicación analógica del art. 94 inc. 5. En el campo de la responsabilidad puede dar lugar a acciones en virtud del art. 54, tercer párrafo o 165. Sin embargo insistimos en la necesidad de una regla clara y precisa al respecto. Véase Wiedemann, op. cit., p. 224; Säcker/Reuter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, München 1978, p. 217. Reuter define el fenómeno de subcapitalización como una violación del mandamiento que establece que se debe dotar a la sociedad con el capital adecuado para cumplir con el objeto social; Wüst, Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern, JZ 1985, pp. 301-308.

(89) Kübler, Gesellschaftsrecht, 2 Auf. Heidelberg 1986, pp. 245 y ss.

Es nominal cuando los socios en vez de aportar bienes suficientes a la sociedad, aquéllos otorgan los bienes en el carácter de mutuo de consumo. En el derecho alemán existen al respecto las siguientes reglas, que podrían ser recibidas por nuestra legislación⁽⁹⁰⁾:

(1) Créditos otorgados por un socio a la sociedad, para que ésta pueda superar una situación financiera comprometida, en particular para que no caiga en estado de cesación de pagos, son tratados como aportes y por ello no deben ser restituidos por la sociedad (§ 30, 1, párrafo, de la Ley de Sociedades), cuando a raíz de ello se produzca un descenso en el monto mínimo del capital social (que en Alemania no puede ser inferior a DM 50.000). El mismo principio tiene aplicación cuando se ha otorgado un crédito a la sociedad con liquidez y posibilidad de obtener crédito de terceros, cuando el crédito otorgado por el socio no fue pagado con anterioridad al momento de desencadenarse la crisis de la sociedad.

(2) Otorgó a la sociedad un tercero un crédito en un punto que los socios tendrían que haber aportado capital propio, como lo haría un hombre de negocios corriente, y fue dicho crédito garantizado por los socios, el tercero sólo puede reclamar a la sociedad la restitución del crédito por la parte no cubierta por la garantía prestada por los socios. Esta norma también tiene aplicación en casos en que se aporten bienes bajo otra forma jurídica que la de un mutuo pero que económicamente equivaigan a un crédito, sea el otorgante un socio o un tercero.

(3) Se encuentra vedada la posibilidad de exigir la devolución de un crédito, los socios no pueden verificar sus créditos en el concurso de la sociedad. Si el socio obtiene la restitución del crédito a pesar de la prohibición, antes de la apertura del concurso, tiene la sociedad un crédito contra el socio para lograr la repetición de lo pagado indebidamente. Este crédito puede ser embargado por los acreedores de la sociedad.

El caso de subcapitalización material se presenta cuando los bienes son insuficientes para cumplir el objeto social y la necesidad de capital de la sociedad no se satisface ni a través de aportes no a través de créditos. En tal caso se sostiene que debería establecerse una responsabilidad por la diferencia, es decir, una responsabilidad resultante del capital existente en la sociedad y el capital que debería haber existido en el momento de constitución de la misma⁽⁹¹⁾. Esa responsabilidad debería aplicarse subsidiariamente, es decir, sólo en caso de concurso de la sociedad.

(90) Kübler, *ob. cit.* p. 248; en detalle puede verse Lutter/Hommelhof, *ob. cit.* pp. 154 y ss; los mismos, *Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung*, ZGR 1979, pp. 311 y ss; Hommelhoff, *Das Gesellschafterdarlehen als Beispiel institutioneller Rechtsfortbildung*, ZGR 1988, p. 460 ff.; Karsten Schmidt, *Forschritte und Abstimmungsprobleme im Recht der Kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen*, ZGR 1980, p. 567 y ss.

(91) Säcker/Reuter, *ob. cit.*, p. 217.

3. Debiera prescribirse que, tratándose de sociedades unipersonales, la integración del capital social deba realizarse íntegramente en el momento de inscribirse la aquélla o garantizarse suficientemente su cumplimiento. Caso contrario todas las otras disposiciones tendientes a la intangibilidad del capital pueden caer en un saco roto, cuando el socio único es o deviene insolvente sin haber cumplido con su obligación⁽⁹²⁾.

4. Debiera establecerse expresamente la responsabilidad ilimitada del socio único en caso de confusión patrimonial y confusión de esferas⁽⁹³⁾, pues el socio sólo debe poder gozar del privilegio de la responsabilidad limitada, cuando él mismo ha cuidado de mantener la distinción de su patrimonio personal y el patrimonio societario⁽⁹⁴⁾, o la diferenciación de la actuación personal de la actuación societaria.

5. Sería conveniente que la ley limitara la posibilidad de crear centros de imputación diferenciados. En la legislación comparada ello ocurre tratándose de socios únicos-personas jurídicas a los efectos de evitar el agrupamiento en cascada. Tratándose de socios únicos-personas físicas se lo establece a fin de proteger a los acreedores⁽⁹⁵⁾.

6. Deben preverse normas destinadas a regular la transformación de la empresa unipersonal en una sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

7. Por último tendría que regularse claramente el supuesto de autocontratación del socio único-gerente y los efectos en caso de contravención a lo prescripto⁽⁹⁶⁾.

(92) Piénsese que en tal caso de nada sirve proclamar la responsabilidad personal del socio o la vía de la penetración. Véase al respecto el § 7 de la GmbHG alemana.

(93) Se habla de confusión de esferas cuando la separación jurídica entre la sociedad y el socio hacia afuera no se puede distinguir. Se presenta este caso cuando el nombre, la organización (los libros, cuentas bancarias, etc.) o un bien determinado no se encuentran suficientemente separados de los del socio, de manera tal que no puede saberse si nos encontramos frente a una actuación o un bien societarios. Al respecto puede verse Nirk, Zur Rechtsfolgensseite der Durchgriffshaftung, en: FS für Stimpel, 1985, p. 453; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, p. 224.

(94) Lutter, Die Zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 2/1982, p. 251; Karsten Schmidt, ob. cit., p. 184; Wiedemann, ob. cit. p. 224; Véase art. 11-2 de la Ley Portuguesa citada.

(95) Véase art. 36-2 de la Ley Francesa; la Directiva de la Comunidad Europea sobre la Sociedad de Responsabilidad Limitada Unipersonal; Art. 123 bis de la ley del 14 de Julio de 1987, Ley Belga relativa a la sociedad de una persona de responsabilidad limitada.

(96) En este sentido véase el art. 7 de la Ley Francesa y el art. 10 de la Ley Belga, como así también el mencionado § 7 de la GmbHG.