

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE PATRIMONIO Y RESPONSABILIDAD LIMITADA

Dr. Ariel Angel Dasso

Sumario:

I.- EL “BONA” ROMANO Y EL PATRIMONIO DE POMPONIO a) La doctrina “realista” (subjetiva) de Zachariae, Aubry y Rau - b) La doctrina nominalista - c) Posición ecléctica: objetiva o realista moderada de Planiol y Ripert – II.- EL INICIO DOGMÁTICO DE LA FRAGMENTACION PATRIMONIAL III.- EL PATRIMONIO: PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES – IV.- EL MUNDO SOCIETARIO ACTUAL : LA LIMITACION DE RESPONSABILIDAD Y EL GIRO A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL V.- LAS PRECURSORAS FORMAS HACIA EL CAMBIO DE PARADIGMA A) EEUU; B) FRANCIA, C) BRASIL D) INGLATERRA E) CHILE F) ESPAÑA G) COLOMBIA VI.- LA DOCTRINA NACIONAL VII.- EL ANTEPROYECTO ARGENTINO DE 2002 Y LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA VIII.- LA RUPTURA LEGLA DEL PATRIMONIO DE UNIDAD DEL PATRIMONIO – IX.- ITALIA: PATRIMONIOS DESTINADOS A ESPECÍFICO NEGOCIO (DEC. LEGS. 6/2003) - A) Patrimonios destinados a un específico negocio a) Acto de constitución del patrimonio destinado b) control externo c) Efectos del instituto d) Cuentas separadas, e) Realización o imposibilidad de cumplimiento B) Patrimonio destinado a la financiación de un específico negocio a) Quiebra de la sociedad, b) finalidad del instituto, X.- FRANCIA: LA NUEVA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (LEY 2010/658) a) Cuentas separadas b) oponibilidad de la separación c) concurso del procedimiento afectado . A modo de conclusión.

Hector Alegría es el referente del derecho argentino más compícuo en el mundo del derecho globalizado. Su presencia personal o por vía de su nutrida producción bibliográfica es permanente en los más calificados encuentros hoy más frecuentes que nunca. Sus calidades personales e intelectuales constituyen su amistad en distinción y placer. Participar en su homenaje, un honor. Su constante investigación y postulados apuntan al ideal de un derecho mejor, útil a lo que constituye sus profundas convicciones humanistas. Son incontables sus especulaciones doctrinarias con tal destino y entre ellas se destacan aquellas referidas a los aspectos medulares del universo mercantil que, sin la precisión ni lucidez con que él lo hace, exponemos en el siguiente artículo sin más pretensión que la exposición de un panorama actualizado en el campo más fructuoso del derecho societario.

-I-

EL “BONA” ROMANO Y EL PATRIMONIO DE POMPONIO

En los albores del derecho romano, el patrimonio estaba designado con el término “bona”, lo que aludía al conjunto de los bienes corporales e incorporeales del pater familia quien a su vez lo había recibido en la herencia de su pater, y el que, en consecuencia, debería transmitir a sus hijos.

Este significado tuvo vigencia hasta el Siglo II DC. La expresión patrimonio, es atribuida a POMPONIO que expone: “cuando el pupilo estipula con el tutor que quedarán a salvo sus bienes, se considera que esta estipulación comprende no sólo lo que hay en el patrimonio sino también los créditos¹ .

¹ L. 9, D., Rem pupillo, 46, 6: *Quum pupillos a tutore stupulator rem salvam fore, non solum quae in patrimonio habet, sed etiam quae in nominibus sunt, ea stipulatione videtur continere.*

Se advierte, así en origen, una clara incorporación de los créditos al concepto de patrimonio, en contraste con las deudas.

En el derecho romano no era fungible la deuda. El deudor respondía con su persona y no con sus bienes, a los que se llamaba *bona o patrimonium*. La obligación debía atenderse en especie², por lo cual, su carácter personalísimo llevó a considerarla como la primera de las categorías que siglos después VON IHERING calificará como derechos subjetivos.

Este procedimiento de ejecución personal era denominado *manus injectio* y consistía en la prisión del deudor, que según la ley de las XII Tablas, debía ser dividido en partes, entre sus acreedores.

El largo desarrollo a través de los siglos va diluyendo la coacción personal identificada con la venganza, y perfilando la coacción patrimonial a través de la llamada "*pignoris capio*", que debe ser ejercitada sobre una cosa determinada, lo que llevó luego a la "*missio in possessionem*" o transferencia de la *totalidad del patrimonio* a través de su venta total, denominada "*bonorum venditio*".

El paso ulterior esta significado por la "*bonorum cessio*", en la que ya no el acreedor, sino el propio deudor es quien actúa transmitiendo por vía de cesión su patrimonio, en orden a evitar la *diminutio capitis*, aneja a la "*bonorum venditio*".

El ultimo paso en el derecho romano, en orden a la tipificación de la coacción a través de la venta de una cosa integrante del patrimonio del deudor (sólo una parte, y no ya el todo), es la "*pignus in causa iudicati captum*".

Se advierte la lenta evolución de la ejecución que, siendo primero personal, pasa por la del entero *patrimonium*, a la ejecución de una parte de éste, constituido así como una expectativa de garantía de los acreedores, marcando el inicio de la hasta hoy vigente fórmula de conceptualización del patrimonio como prenda común para todos los acreedores o "*pignus communis*"³

En el campo del derecho moderno, el tal importante concepto destinado a la regulación del conjunto de cosas y bienes de una persona reconoce una historia apasionante y aún cuando debe conceptuarse que la noción de patrimonio es de aquellos conceptos más controvertidos en los

² La ejecución de este período –dice Rocco, *Il fallimento*, pág. 139- se dirigía exclusivamente a constreñir la voluntad del deudor, y esta coacción era realizada por medios tan enérgicos que fué superfluo procurarse la prestación por un equivalente sobre el patrimonio del deudor, ya que no puede concebirse deudor tan obstinado que, pudiendo pagar, prefería ser condenado o vendido como esclavo, con el mismo resultado final de perder su patrimonio.

³ PETIT, *Traité élémentaire de Droit romain*, Paris, 1920, nros. 137 bis, 65, 260 etc; BRUGI, *Istituzioni di Diritto romano*, Torino, Utet, 1926, pág. 90

institutos fundamentales del derecho, se pueden agrupar las distintas teorías que procuran explicar su naturaleza.

a) La doctrina “realista” (subjctiva) de Zachariae, Aubry y Rau

Se atribuya a ZACHARIAE⁴ y SUS lineamientos básicos constituyen el pedestal donde AUBRY y RAU⁵, desarrollan su tesis *clásica*, por su perdurabilidad a través del tiempo y cuya aceptación llevó a plasmarla en numerosos ordenamientos jurídicos: el patrimonio es un atributo o expresión jurídica de la persona. Se conceptúa como una abstracción eminentemente intelectual, cuyos elementos no son objetos sino bienes, vinculados a su relación de *utilidad* (en el sentido de satisfacción de una necesidad) proyectada a una subyacente idea común de valor pecuniario.

El patrimonio es atributo nacido de la ley (o del Ordenamiento), consecuentemente exclusivo de la persona (física o ideal); en forma tal que toda persona tiene, de toda necesidad, un patrimonio (aunque sea en potencia: aunque no los tenga materialmente en forma actual); como la persona es única y el patrimonio es atributo de la persona solamente puede tener un sólo patrimonio, el cual es indivisible, porque tratándose de una abstracción no es susceptible sino de fraccionamiento en partes ideales (alícuotas o porcentuales), resultando imposible el fraccionamiento material. Es pues una *universitas iuris* el efecto de esta conceptualización es que los elementos singulares son susceptibles de subrogación real o fungibilidad.

b) La doctrina nominalista

Fue desarrollada entre nosotros por FORNIELES⁶: niega al patrimonio el carácter de *universitas iuris* y lo considera una simple suma de elementos activos que soportan la carga de elementos pasivos. Rebate la identificación de patrimonio y personalidad y la continuidad de la persona del causante; sin embargo acude a justificación meramente empírica para admitir omitir el *universum jus*, tanto en la sucesión como en el concurso, lo que es interpretado como una concesión demasiado amplia como para mantener enhiesta la regla.

c) Posición ecléctica objetiva o realista moderada de Planiol y Ripert.

Entre la doctrina clásica difundida por AUBRY y RAU, de la *universitas iuris* y la opuesta negatoria, surge la posición de PLANIOL y RIPERT, quienes en su “*Tratado práctico de Derecho Civil Francés*”, de 1926; advierten desmesura en la teoría clásica que establece una dependencia absoluta resultante de la identificación de persona y patrimonio⁷.

⁴ ZACHARIAE, París, 1835, II, p. 38 y SS.: ZACHARIAE - CROME, I, § 112, p. 282.

⁵ AUBRY, C. Y RAU C.: Code de Droit Civil Francais, 5ª. ed. Paris, p. 336.

⁶ FORNIELES, SALVADOR: “*El concepto de patrimonio*”, en Rev. de D. Civil de Thedy y Escudero, Bs. AS., 1930, t. II, p. 23 y ss, que lo toma de MEVORACH M.N., *Le patrimoine*, en *Révue Trim. de D. Civil*, 1936, II, p. 811.

⁷ PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, GEORGES, *Traité pratique de droit francais*, París, 1926, T. III, Les biens n. 15.

Siguiendo a DUGUIT postulan que el patrimonio, como realidad, configura un simple conjunto de bienes destinados al cumplimiento de obligaciones determinadas con una *afectación particular de tipo finalista*⁸.

Así, a la idea subjetiva del patrimonio al modo en que lo concibe la teoría clásica, se opone esta doctrina de la realidad moderada, que sustituye la idea del sujeto persona, del que el patrimonio es un atributo, por el de la *finalidad*, desde el punto de vista *dinámico* que admite entonces la posibilidad de distintos patrimonios de una misma persona, *pero afectados a fines determinados*.

Entre nuestros doctrinarios SPOTTA⁹, bien es cierto que sin pronunciarse sobre los conceptos de universalidad de hecho o de derecho, calificó al fondo de comercio como un patrimonio separado, aunque no autónomo, siguiendo a los hermanos MAZEAUD¹⁰ quienes lo conceptuaron como una universalidad de hecho: es una unidad de elementos dotados de valores económicos vinculados, no por la persona sino por el objeto perseguido por la ley, o sea que la universalidad jurídica existirá en tanto constreñida a un *fin* en orden al cual la unidad ha sido determinada. Anticipa la posibilidad, entonces, de patrimonios separados, como lo es el fondo de comercio, sin dejar por ello de ser universalidad jurídica, *como lo es la sociedad anónima cuando la totalidad de las acciones están en cabeza de un individuo*; no obstante lo cual los patrimonios de cada socio y el de la sociedad siguen separados, de la misma manera que en el caso del heredero beneficiario su responsabilidad se limita a la porción viril o en el de patrimonios entre herederos y el causante o entre la mujer y el marido.

⁸ DUGUIT, L.: *Traté de droit constitutionnel*, t. III, 3ª ed., París, 1938.

⁹ SPOTTA, ALBERTO G.: *Tratado de Derecho Civil*, Bs. As., Acayú, 1953, *Parte General*, I, 3, 5, Nros. 1621 y 1625.

¹⁰ MAZEAUD: *“Lecciones de Derecho Civil”*, Trad. esp. de Alcalá Zamora y Castillo, *Ejea*, Buenos Aires, 1959, I, p. 435: El conjunto de los derechos y obligaciones de una persona se integra en su patrimonio. El patrimonio es lo que contiene esos derechos y obligaciones. El continente, que es el patrimonio, aísla en cierto modo, del mundo exterior los derechos que contiene y los reúne en un todo. Esos derechos forman así un bloque, llevan una vida jurídica común y están sometidos a reglas que no se explican más que por su unión, más exactamente, por su reunión.

Todos los derechos de la persona (al menos los derechos pecuniarios), se encuentran contenidos en el patrimonio donde forman un bloque. Estos derechos unidos, soldados entre sí, constituyen una universalidad jurídica, un patrimonio. De ahí resultan dos principios fundamentales: 1º) existe un vínculo entre el activo y el pasivo.

Los elementos activos de un patrimonio, por ejemplo, los derechos de propiedad y los créditos, están unidos a los elementos pasivos, es decir a las deudas de la persona: el activo responde del pasivo. En consecuencia, los acreedores de la persona pueden hacerse pago sobre el activo. Pero para que el activo responda del pasivo, es necesario que los elementos activos y pasivos se encuentren en una misma universalidad jurídica. Una simple universalidad de hecho, no acarrearía esa consecuencia, por ejemplo, el comerciante que vende su fondo de comercio transmite solamente los elementos activos del mismo; el adquirente no está obligado por las deudas, porque el fondo de comercio no constituye una universalidad jurídica.

La doctrina objetiva de PLANIOL y RIPERT, atribuye al patrimonio la concepción de *universitas iuris*, que mantiene la unidad de los bienes en virtud del carácter unitario de la persona a la que pertenece: es reflejo económico de la personalidad misma, una emanación o atributo de la persona y a la vez una posición jurídica otorgada a la persona, investida como tal de personalidad¹¹.

-II-

EL INICIO DOGMÁTICO DE LA FRAGMENTACION PATRIMONIAL

El enfoque moderno del concepto de la universalidad de hecho y de derecho, refiere frecuentemente a la cita de GARY, ROBERT en su *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*, tesis, Bordeaux, 1931.

Para GARY la universalidad de hecho y de derecho significan un conjunto de bienes en todo caso fungibles entre sí, por lo que el criterio dirimente esta dado en que en la universalidad de *derecho existen solo un activo y un pasivo* y en la de *hecho*, en cambio, *solo cuenta el activo*.

La universalidad de hecho está caracterizada por la integración de cosas autónomas, distintas, con una individualidad propia que pueden representar una función, o un valor, pero con comunidad de destino en el orden económico.

Esta universalidad de *hecho* tiene vinculación con el conjunto de bienes o elementos puramente activos que mantienen su individualidad pero reunidos por una comunidad de destino y puede ser objeto de derecho de propiedad (de un solo sujeto) o de copropiedad (de varios): sus elementos integrantes están materialmente separados (como una casa de comercio o un rebaño), o simplemente contiguos (como una biblioteca), pero en todo caso individualizados o individualizables aunque mantengan una unidad material puramente técnica (*v gr.* el buque).

La universalidad de *derecho*, aunque tiene en su contenido los elementos activos de la sustancia una universalidad de hecho esto es, los bienes diversos en su naturaleza y origen, a diferencia de esta no responde a la idea de un determinado bien sino que evoca la "*masa de bienes*", los que, aún dispersos, guardan su entidad del conjunto en forma que entre ellos se teje el complejo de créditos y deudas, ligados estrechamente entre sí para responder al pasivo correlativo.

Estas ideas, tienen la nota caracterizante de admitir en el patrimonio la existencia de un *factor de afectación susceptible de su fragmentación*, y sus elaboraciones doctrinarias devenidas a través de largos desarrollos, prevalecen

¹¹ REMPLER, J.P: *El individuo y su patrimonio (L'individu et son patrimoine)*, París, 1910, cit. por VITOLO DANIEL EN "*Sociedades unipersonales*" en Cuestiones de Derecho Societario, en Homenaje a HORACIO P. FARGOSI, p. 25.

sobre el concepto clásico o subjetivo (AUBRY y RAU) según el cual toda persona tiene un patrimonio y, sólo uno, inseparable, un concepto moderno en el que el patrimonio pasa a ser calificado como un conjunto de bienes afectados a un destino propio, como puede ser el patrimonio *individual* afectado a un sujeto; o el *colectivo* afectado a una persona ideal, o el *especializado*, pero afectados a un determinado *fin* e integrado por parte de los bienes de una persona.

PLANIOL y RIPERT, ya habían aseverado que entre patrimonio y personalidad no existe un vínculo tan fuerte como lo pretenden AUBRY y RAU y que la cuestión entre los elementos que componen las universalidades no es la *personalidad* de su titular sino la *afectación* de esos elementos a un fin común (quizás, mejor decir, *a un destino común*).

Así lo definirán como “*un conjunto de bienes y deudas, inseparablemente ligados por estar afectados a un fin económico, mientras no se practique la liquidación de la que resulte su valor activo neto*”.

En cambio enseñan que el derecho francés, admite patrimonios toda vez que un cuerpo de bienes tenga una afectación común por lo que una persona puede tener varios patrimonios pero advierten, sin embargo, que constituye una antípoda muy exagerada e inconvincente postular, como resulta en el Derecho Alemán, el patrimonio sin dueño.

ALFREDO ROCCO, en *Il fallimento*, Torino, ed. Bocca, 1917, n° 18, pág. 48, nt. 1, define a las universalidades como “el conjunto de cosas corporales e incorporeales, reunidas en un todo, por fuerzas intrínsecas o extrínsecas, para una finalidad común que se considera como una unidad”. Un rebaño, una manada, un enjambre, están reunidos por fuerzas intrínsecas; una biblioteca, por fuerzas extrínsecas: la voluntad del hombre es quien reúne a los elementos singulares para hacerlos servir a sus propios fines.

“*Esta congregación para un objetivo común hace que el todo sea determinado por su finalidad, al par que los elementos singulares son determinados no individualmente, sino por su pertenencia al todo. Ello explica, que el complejo pueda permanecer idéntico, mientras que sus elementos singulares varíen: objeto del derecho es el todo y no los elementos*”.

El patrimonio -dice Rocco- es una *universitas juris*, y el derecho es completamente extraño a este agrupamiento, que se debe únicamente al “*hecho*” de la coincidencia de varios derechos bajo un mismo titular. Es, a su juicio, pues una *universitas facti*, y precisamente una de aquellas típicas *universitas facti* en las cuales la reunión es realizada por algo intrínseco a los mismos elementos¹².

¹² Se aplica muy bien al patrimonio, considerando como complejo de derechos, lo que WINDSCHEID (Pand. § 137, nt. 7) dice de la universalidad de las cosas corporales: “*lo decisivo es que el todo se constituye y se mantiene unido por algo insito a las partes singulares*”

Pero para nuestro legislador el patrimonio, es una creación del Derecho, como dice VELEZ SANSFIELD, en la citada nota al artículo 2312, siguiendo las enseñanzas clásicas de SAVIGNY, ZACHARIAE Y AUBRY Y RAU. Nadie puede ceder en vida su patrimonio, ni quedar sin patrimonio, pues aunque una persona no tuviere ningún bien y fuere absolutamente pobre de solemnidad, tendría siempre la facultad de adquirir bienes, pues la potencia patrimonial es inalienable, salvo los casos de muerte civil (*capitis diminutio maxima*) que ya no existe en el derecho actual¹³.

Resultan insoslayables los principios clásicos. Ni la transmisión por causa de muerte, ni el concurso y la quiebra, ni el concepto de la prenda común de los acreedores podrían fundarse en otra concepción del patrimonio que no fuere el de la *universitas iuris*.

Porque el heredero sucede en los derechos y obligaciones al deudor, a despecho de la separación de los patrimonios o del beneficio de inventario, y porque la liquidación de los bienes del deudor se realiza a prorrata entre los acreedores derogando el principio del *prior in tempore potior in iure* y todos los bienes presentes y futuros responden a las deudas del titular del patrimonio, en forma fungible.

La doctrina, afinando los conceptos, eliminando impurezas, se reputó suficientemente consolidada en la calificación del carácter unitario del patrimonio como configurativo de una *universita iuris*, pero *susceptible de divisibilidad*, en orden más que a la naturaleza de las cosas y de su valor, *fundamentalmente, a su destino*.

La indivisibilidad del patrimonio fue conceptuada como un apotegma de la teoría clásica tanto que modernamente sus seguidores tienden a diferenciar conceptos de “*unidad*” respecto del de “*indivisibilidad*” reconociendo cantidad de excepciones fundadas en el destino de los bienes o, en otros términos, su afectación económica.

-III-

¹³ Es clásica en nuestra doctrina la nota de VELEZ SANSFIELD al art. 2312 del Código Civil: “El patrimonio” de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derecho que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas. Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como en un todo, se llama “universalidad” en este Código. Si es por la intención del propietario, es *universitas facti*, si por el derecho, *universitas iuris*. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser transformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario, p. ej., cuando un testador lega, a título singular, una parte de su sucesión. El derecho romano distinguía el patrimonio del peculio. El patrimonio era *pecunia hominis sui iuris*, el peculio era *pecunia hominis alieni iuris*. La teoría del peculio es extraña a este Código.

EL PATRIMONIO: PRENDA COMÚN DE LOS ACREEDORES

El largo debate doctrinario a través de los siglos permite hoy una cierta serie de conclusiones no susceptibles de controversia: **(i)** el patrimonio es el conjunto de bienes y deudas de una persona valorables en dinero; **(ii)** constituye una *universitas iuris*, que *admite patrimonios especiales, denominados de afectación*, superando la teoría clásica de la unidad e indivisibilidad del patrimonio y su adjunción a un único titular; **(iii)** no existe un patrimonio del titular y es prenda común de los acreedores comunes configurando un verdadero derecho prendario sobre los bienes presentes y latentes sobre los futuros posibilitará la ejecución que culminará con la sentencia de trance y remate; **(iv)** el patrimonio es susceptible de una doble visión: la dinámica, denominada también en doctrina patrimonio de *lucha*, y la estática o de *reserva*, integrada por bienes *extracommercium*, inembargables; **(v)** los derechos de familia y los personalísimos carecen de valor pecuniario: son extramatrimoniales, no forman parte del patrimonio, pero su lesión es susceptible de reparación patrimonial.

IV.-

EL MUNDO SOCIETARIO ACTUAL: LA LIMITACION DE RESPONSABILIDAD Y EL GIRO A LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Es una imposición de la evidencia el acelerado proceso de cambio del derecho mercantil en permanente evolución para dar respuesta consistente a una cada vez más completa internacionalización de los operadores de la economía.

Este proceso se advierte particularmente en el mercado interior de la Unión Europea a través de las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo tras de las cuales se va operando en forma acelerada una modificación que muestra, como nunca, la aparición de nuevas formas cuya tésis es captar y ordenar los fenómenos económicos en orden a una mayor eficiencia.

El sector quizá más delicado en el marco de la evolución es el referido a las formas asociativas que tienden a suprimir los obstáculos para que los sujetos económicos llámense asociados, socios, accionistas, o terceros puedan ejercer en el marco del derecho su actividad económica del modo más rápido y efectivo, por medio de estructuras asociativas versátiles y flexibles, con acotamiento de su responsabilidad al límite del emprendimiento.

Todos los modernos ordenamientos particularmente los del derecho continental europeo, los de los países en desarrollo y naturalmente los Estados Unidos, han elaborado recientes leyes tendientes a que una nueva regulación ponga a las instituciones en sintonía con las necesidades del tráfico y la economía contemporánea facilitando la actividad empresaria en orden al bienestar general (*welfare – enhancement*).

Aparece patente, constituido en médula de la preocupación la determinación de nuevas formas de asociación o agrupación de los operadores cuya flexibilidad y limitación de responsabilidad a un aporte patrimonial determinado al objeto del negocio guarde correlato con la eficiencia sin desmedro de la seguridad jurídica. Empeño difícil de conciliar.

La legislación societaria argentina se encuentra enmarcada en la materia dentro del sistema de la tipología que reduce a un elenco cerrado de tipos sociales las posibilidades asociativas.¹⁴

Aquella estructura resistió con suficiencia los desafíos de sus tiempos pero hoy cruje particularmente frente a demandas provocadas por críticas comparativas que muestran un mundo en vertiginoso cambio y la afirmación cada vez mayor de nuevas estructuras jurídicas lábiles y permeables a las necesidades de celeridad, eficacia y reducción en costos.

La globalización muestra a los países en desarrollo la posibilidad de acceso a los mercados de mayor dimensión y esto les impone regulaciones parejas, similares o relativamente homogéneas.

Las realidades económicas y culturales de nuestro país exponen diferencias marcadas con el contexto de los países altamente desarrollados de Europa o Estados Unidos, y ello impone, en orden a la compatibilidad con aquellos un proceso de adaptación a las condiciones económicas y a las circunstancias jurídicas imperantes particularmente en los mercados a los que van dirigidos nuestros productos.

El derecho societario argentino se mantiene hasta hoy prácticamente bloqueado en su forma de tipología societaria caracterizado por un rígido esquema de formas personalistas, en las que se destaca la responsabilidad ilimitada de los socios y las de capital constreñidas a la sociedad de responsabilidad limitada y a las sociedades anónimas, cerradas o abiertas, con responsabilidad limitada al aporte.

¹⁴ **ALEGRIA HECTOR** : *“Régimen de la tipicidad societaria”* en Replanteo de la nulidad por atipicidad societaria, Comunicación en la Academia Social de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la sesión privada del 11 de noviembre de 2007, cuyo texto constituye un verdadero modelo por su claridad y exhaustividad en torno a uno de los aspectos medulares del derecho societario nacional: el amplio marco del replanteo de la nulidad por atipicidad societaria constituye ocasión para el desarrollo preciso de la libertad tipológica, la libertad dentro del tipo y la atipicidad. Distingue lo que llama reglas de primera y segundo grado conceptuando que las segundas permiten identificar a la sociedad formada por uno de los tipos legales. Con amplísima cita de doctrina nacional y extranjera se aboca a la consideración de los llamados requisitos tipificantes, a la tipicidad originaria o a la seguida por reformas al contrato o estatuto; y a la “de hecho”. El amplio desarrollo pasa por los criterios interpretativos de la tipicidad y la atipicidad que provoca la nulidad de la constitución de la sociedad, concluyendo sobre la evidencia de la interpretación procedente que focaliza en el criterio restrictivo. La lujosa cita por el derecho comparado permite al abocarse a un texto paradigmático (**ALEGRIA HECTOR** *“Reglas y principios del Derecho Comercial”*, ed La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 246 y ss.)

El derecho mercantil de hoy pugna por formas que superen la rigidez de aquellos esquemas e introduce nuevos conceptos y fórmulas que socaban los inmutables íconos tan arraigados en nuestra cultura jurídica, contra los que rebotan sin posibilidad de permear los nuevos institutos que abundan ya en el ámbito comparado.

V.- **LAS PRECURSOSAS FORMAS HACIA EL CAMBIO DE PARADIGMA**

Se trata de formas híbridas de sociedad con modalidades de asociación predominantemente personalistas que asomaron como larvadas formas novedosas hacia 1970 en los países del *Common Law* y que fueron adoptados en los países de avanzada de la Europa continental e insular.

En realidad se considera que el nuevo marco es el fruto de una competencia legislativa particularmente entre la Europa Continental y el Reino Unido, que tuvo su percusión en el caso “*Centros LTD vs. Erhvervs – OG Selbskbsstyrelsen*” cuya sentencia emitió la Corte Suprema de Justicia en 1997 basado en la libertad de establecimiento previsto en los arts. 52 y 58 del Tratado de Roma.

La doctrina denominada de la “sede real” determinaba como legislación aplicable a una compañía el asiento principal de sus negocios focalizado en el territorio de su oficina principal. En contraste, la doctrina prevalente en Estados Unidos (*internal affaire doctrine*) consagra la aplicación de la legislación del Estado donde se encuentra el domicilio principal fijado en los estatutos.

La sentencia permite que los empresarios europeos se beneficien con una competencia regulatoria elegible y ello ha derivado en una pugna entre las distintas naciones europeas en relación a las normas societarias que resulten más atractivas a la inversión.

Se reedita así la denominada *race to the top* (carrera hacia la excelencia) que en el derecho estadounidense denomina a la competencia entre los estados para brindar legislaciones mas adecuadas a las conveniencias de los administradores en forma de determinar la radicación de las compañías dentro de sus territorios.¹⁵

En el marco de esa competencia hacia una legislación atractiva, facilitante en celeridad y costos, que implica ruptura de esquemas rígidos se advierte la fuente inicial de nuevos tipos societarios que nacen en el derecho estadounidense con prototipos en los que la nota diferencial es una amplísima

¹⁵ **Mc CAHERY**, “*Limited Partnership Reform in the United Kingdom: A Competitive, Venture Capital Oriented Business*”, *European Business Organization Law Review*, vol. 5-1, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 65. **REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO** “*La Sociedad Anónima Simplificada*, Ed Legis, Bogotá, 2010, p. 56.

libertad contractual y la defensa del principio de limitación del riesgo de los asociados.

A) EEUU

La llamada *Limited Liability Partener ship (LLP)* constituye una sociedad colectiva con limitación de responsabilidad de los socios. Fue recibida con enorme suceso para la conformación en particular de las asociaciones profesionales marcados por los riesgos de la responsabilidad extracontractual.

A su vez surgieron también en Estados Unidos como un intento de evitar la doble tributación que alcanza a las sociedades de capital las llamadas *Limited Liabillity Companies (LLC)*, en el estado de Wyoming, las que inicialmente rígidas derivaron luego en el actual tipo de sociedades de responsabilidad limitada que es considerado como el ejemplo del nuevo derecho societario para compañías cerradas constituyéndose en la forma asociativa mas usada en los EEUU¹⁶ que sigue siendo considerado, aún hoy como la primer economía mundial.

El derecho societario norteamericano tiene una influencia particular en las reformas legislativas en medida tal que la llamada “americanización del derecho de sociedades” es usado en el lenguaje técnico con más frecuencia que la expresión “globalización del derecho”.

La legislación de Estados Unidos es decisiva en la aparición de las aludidas formas asociativas híbridas que constituidas con la intención de formulas personalistas de responsabilidad limitada y circunscripta a las profesiones liberales se expandieron a compañías dedicadas a cualquier objeto social, modélicas hoy en Europa y Asia

B) Francia

La ley francesa del 3 de enero de 1994 de Sociedad por Acciones Simplificada (SpAs) introdujo en el mundo jurídico la sociedad por acciones simplificada que tiene hoy la categoría de un tipo societario nuevo, construido sobre la base de la sociedad anónima ordinaria o común pero que, dotada de una gran flexibilidad constituye una modalidad que significa, al decir de la moderna doctrina, la revolución del régimen societario más importante desde 1927 cuando se introdujo en Francia la sociedad de responsabilidad limitada¹⁷.

Según la doctrina “la reciente competencia entre estados europeos para obtener recursos efectivos de capital ha forzado a adoptar nuevas modalidades de formas asociativas para detener la fuga de recursos que podrían ser fuente de impuestos”¹⁸.

¹⁶ Cfr. ” National Conference of Commissioners on Uniform State Laws , Revised Uniform Limited Liability Company Act”, Chicago , Annual conference Meeting, Julio 7-14 de 2006)

¹⁷ PIERRE-LOUIS PERIN, « SAS: La société par Actions Simplifiée : Études-Formules », 3^e. ed., Paris, Joly Editions, 2008, p. 5)

La precursora Ley de Sociedad por Acciones Simplificada de 1994 fue todavía elástizada con modificaciones en 1999, 2001 y 2008 y esta hoy caracterizada por una gran amplitud de oferta para la organización y control societario que permite escoger un mecanismo ágil para la decisión en el marco del libre contenido estatutario. Se sostiene que su bajo costo le permitió competir a Francia con el sistema societario de Alemania y del Reino Unido¹⁹

La sociedad anónima simplificada está regulada sólo subsidiariamente por las reglas de la sociedad anónima en cuanto los socios no hubieren pactado una regulación especial en los estatutos sociales²⁰

De esta manera el especial tipo permite la armonía de las notas caracterizantes de la sociedad de capital con el *intuitu personae* indispensable para los negocios familiares, pero no por ello excluyente de otros emprendimientos.

Aparece como una forma propicia para aquellos sujetos unidos por un vínculo de confianza y objetivos precisos, ordinariamente familiares o de grupos de relación social y aún confesional.

Sin embargo que no fue creada como un medio especialmente dirigido para las pequeñas o medianas empresas sino que por el contrario se la reputó como una sociedad de sociedades apta para la regulación de los grupos. Debe recordarse en tal sentido que se exigía un capital mínimo equivalente a 225.00 Euros.²¹

El éxito inicial de la sociedad anónima simplificada francesa alentó a la reforma de 1999 que admitió que se constituyeran con un solo socio, para finalmente en 2009 suprimirse la capitalización mínima y configurándola como susceptible de ser constituida por toda persona natural y jurídica; aún con un sólo accionista en cuyo caso llevará el aditamento “unipersonal” (SASU); al momento de su constitución debe ser integrado la mitad del capital y el saldo en 5 años en tanto que la responsabilidad de sus integrantes –asociados- está limitada al monto del aporte con lo que aparece caracterizada por la máxima elasticidad de las reglas para su constitución y funcionamiento²².

¹⁸ ERIC P. M. VERMEULEN, “*The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States. Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures*”, Eindhoven, 2002, p. 132.

¹⁹ YVES GUYON, “*Traité des Contrats*, 4ta. Ed, Paris, LGDJ, 1999, p. 66 El objetivo es la flexibilización del derecho de Sociedades con el fin de evitar que ciertas sociedades holding buscasen foros menos rigurosos que el del ordenamiento societario francés y se constituyeran en el extranjero tan solo para escapar a la aplicación de la legislación francesa, demasiado rigurosa.

²⁰ MAURICE COZIAN, *Droit des sociétés*, ed. 18ª, Paris, 2005, p. 365: las denomina « sociedad contrato » porque sus reglas proceden del acuerdo de las partes.

²¹ Reyes Villamizar, « *La Sociedad Anónima Simplificada* », Ed Legis, Bogotá, 2010 op. y loc. cit nota. 15

²² FRANCIS LEMEUNIER, « *Société anonyme: création, gestion, évolution* », 19º éd. , Paris, Dalloz, 2002, p. 40

C) Brasil

La Ley Brasileña de Sociedades 1.303/2001 significa la principal modificación en el derecho latinoamericano dirigida a nuevas prácticas en el campo de las sociedades anónimas, modificando su sistema de gestión garantizando la presencia de seguridad a los inversionistas privados.

Si bien no alcanzan los perfiles de la sociedad anónima simplificada del ordenamiento francés (SpAS) ni la colectiva de responsabilidad limitada del derecho estadounidense (LLP) adopta otra forma asociativa que se llama “sociedad simple” para el ejercicio de actividades inherentes a profesiones intelectuales o del empresario rural, que debe inscribirse en el registro de personas jurídicas²³

Este tipo muestra caracteres propia del tipo *intuitu personae* a través del instrumento de limitación en la circulación de acciones, la exigencia de prestaciones accesorias, reglas restrictivas de asociados en razón del objeto; exigencias de nacionalidad u otras condiciones en los socios, incremento de participación en la administración; discriminaciones o restricciones respecto de la gestión; voto privilegiado, y finalmente hipótesis contractuales para el ejercicio del derecho de separación o retiro.

Debe destacarse como nota que la legislación de Brasil es reconocida como modélica de la reciente ley colombiana de Sociedades por Acciones simplificadas (SAS) en materia de sindicación de acciones, como así también en el derecho de voto y la actuación del accionista y particularmente en el abuso del derecho en el que el art. 115 aparece como paradigmático al establecer una hipótesis general de abuso en la asamblea: en esta materia resulta decisivo para conceptuar que el acto abusivo no dispere sólo la indemnización sino también la nulidad absoluta por objeto ilícito.²⁴

D) Inglaterra

En Inglaterra también quedó legislada la Sociedad Colectiva de Responsabilidad Limitada por ley del 20 de julio de 2000 con marcada caracterización personalista y la limitación de responsabilidad propia de la sociedad de capital.

Tiene una amplia libertad contractual aún cuando, claro está como nota del tipo, no podrá operar en bolsa. El registro mercantil de sociedades denominado “Casa de Compañías” emite un estatuto tipo que permite el fácil

²³ OLNEY QUEIROZ ASSIS, “*Directo Societário*”, São Paulo, Editora Damásio de Jesus, 2004, p. 287. RENATO VENTURA RIBEIRO, “*A Lei de Sociedades por Ações e as Companhias Intuitus Personae*”, Sociedad Anônima, 30 Anos da Lei 6.404-76, São Paulo Quatier Latin, 2007, pp. 198-199, cit. por Reyes Villamizar, cit. p. 84 y ss.

²⁴ Citado por RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, “Estructura de Interesses nas Sociedades Anônimas. Hierarquia e Conflitos”, São Paulo, Quartier Latin, 2007, p. 264

acceso de la forma asociativa al público demostrando con ello el auspicio a esta nueva regulación²⁵

E) Chile

La ley chilena 20.190 de 2007 sobre Reformas Tributarias e Institucionales reformó el ordenamiento societario incluyendo la llamada “Sociedad por Acciones” dirigida a incentivar el mercado de capitales. Su característica es la facilitación del acceso a normas contractuales con una gran amplitud, que posibilita la asociación de capital e industria. Se remarca en esta forma el descarte de rigidez para la capitalización. Su modelo es la sociedad simplificada francesa y esta definida, en forma semejante a aquella, como persona jurídica creada para una o más personas mediante un acto de constitución cuya participación en el capital es representada por acciones.

El amplio campo para la libertad contractual se revela particularmente en la posibilidad de establecer por acuerdo estatutario los derechos y obligaciones de los accionistas, la administración y los pactos entre accionistas.

F) España

El derecho societario español ha experimentado una reciente modificación guiada por el propósito de simplificación en la regulación y economía en los costos.

Primero la ley 3/ 2009 de 3 de abril llamada de “Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles” reguló la transformación, fusión, escisión, cesión global de activos y traslado de domicilio al extranjero aplicando las directivas 2005/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de octubre de 2005 y luego, unificó por Real Decreto Legislativo 1/ 2010 de 2 de julio el derecho interno de Sociedades de Capital contenido en la Ley de Sociedades Anónimas n° 19/ 1989 (LSA) y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada n° 2 / 1995 (LSRL) .

Sin embargo en materia de innovaciones en el tipo societario el cúlmen lo alcanza con la ley 7 de 2003 sobre “Sociedad Limitada Nueva Empresa” (SLNE), constituida como compañías de responsabilidad limitada sometida a requisitos de menor exigencia, regulada como una especie del género de responsabilidad limitada.

Su objeto social es amplio: agrícola, ganadera, pesquera, industrial, constructora, turística de transporte, comunicaciones, intermediación, de profesionales o servicios en general. Tiene límite subjetivo pues está habilitada sólo para personas físicas en número no mayor a cinco, pero el número puede superarse por vía de transmisión de las participaciones sociales y puede ser

²⁵ Cfr. **JOSEPH Mc CAHERY** y otros “*Corporate Governance of Non-listed Companies*”, Oxford University Press, 2008, p. 99,

unipersonal, con la única condición de que el socio único no ostente esa calidad en otra SLNE.

Puede ser constituida por documento único electrónico y no requiere libro de registro de socios. Su capital social no puede ser inferior a 3.012 euros ni superior a 20.202 euros.

El órgano de administración puede ser unipersonal y si fuere pluripersonal no estará encuadrado por la forma y régimen rígido del consejo de administración.

La representación y la certificación de los acuerdos, en casos de existir un administrador único corresponderá este y si hubiere dos o más va cualesquiera.

La SLNE no está sometida al cumplimiento obligaciones contables sino muy simples pues puede llevarse en un único registro. Es una simplificación del tipo SRL lo que la coloca en un grado de eficiencia inferior a la ley de sociedad por acciones simplificada francesa, a lo que debe agregarse las exigencias de formas que como las del número de socios, bien que susceptible de ser superados por vía de transferencias, y las cifras mínimas y máximas de capital de la misma manera que la limitación de su uso para las personas naturales, evanescen en alguna medida su eficacia comparativa.

G) Colombia

La Ley de “Sociedades por Acciones Simplificada” de Colombia (SAS) constituye al par el avance más reciente y el más notorio en el derecho comparado hacia el fomento de una nueva cultura del emprendimiento. Reconoce ya una larga investigación en dicho país y apoyada en las investigaciones del derecho comparado que mostró modalidades asociativas con notas homogéneas y convergencia hacia el sistema de origen anglosajón, luego de distintos proyectos y consagraciones legales culminó con la instalación de ese nuevo tipo denominado como en la ley francesa “Sociedad por Acciones Simplificada” susceptible de ser constituida por una o varias personas naturales o jurídicas con responsabilidad limitada al aporte.

Constituye persona jurídica distinta de sus accionistas y su naturaleza es siempre comercial cualquiera fuere el objeto social. Como sujeto tributario está alcanzado por las reglas de las sociedades anónimas quedándole vedado el negocio de acciones y valores en el mercado público.

Su término de duración puede ser indefinido, puede realizar cualquier actividad lícita. Su gran flexibilidad la coloca como el paradigma de los nuevos ordenamientos asociativos.

El estatuto puede establecer o no montos mínimos o máximos y la posibilidad de control por uno o mas accionistas en forma directa o indirecta.

Los derechos de voto pueden ser singulares o múltiples y las acciones pueden estar radicadas en fiducia mercantil en cuyo caso los derechos y obligaciones del fideicomitente deben seguir las instrucciones impartidas por este o el beneficiario (art. 12).

Queda reservado a la libertad contractual la posibilidad de incluir en el estatuto cláusulas de restricción a la negociación de acciones (art. 13 y 14) a las formas en hipótesis de cambio de control en la sociedad accionista y a la exclusión por decisión asamblearia de los accionistas cuya situación de control fuere modificada (art. 16).

Es una nota característica la libertad en la determinación de la estructura orgánica que los asociados podrán determinar en los estatutos, por lo que sólo subsidiariamente serán ejercidas conforme al Código de Comercio por la asamblea o, en su caso, por el accionista único. (art. 17)

Mientras la sociedad esté constituida por un solo accionista este asume las atribuciones de los distintos órganos sociales incluida la representación legal. Las convocatorias a asamblea pueden realizarse por escrito (art. 20) y los accionistas pueden renunciar a ser convocados y también a su derecho de inspección respecto de cuestiones referidas a las convocatorias y, en caso de no haber sido convocado la asistencia se entiende renuncia a la convocatoria (art. 21)

Esta permitido el fraccionamiento del voto en la elección de la junta directiva u otros cuerpos colegiados (art. 21).

La sociedad no tiene obligación de tener junta directiva en cuyo caso las funciones de administración y representación corresponden al representante legal designado por la asamblea (art. 25).

A falta de previsión estatutaria la elección del representante legal corresponde a la asamblea o al accionista único (art. 26).

Los fenómenos de transformación, fusión y escisión y las referidas al derecho de retiro o receso están remitidas a la ley de sociedades (Ley 22/1995).

Puede establecerse que los accionistas reciban sólo un dividendo anual fijo y con ello su posición interna queda desprendida del éxito o el fracaso de los negocios.

Esta materia aparece singularmente útil cuando se piense en sociedades familiares porque permitirá que los integrantes del grupo familiar, particularmente los descendientes, reciban un valor mensual determinado por su participación en la sociedad en forma que aunque las utilidades lo superen no podrán exigir participación proporcional en utilidades adicionales dando de esta manera libertad de acción y estabilidad en el manejo al administrador

(*pater*). Estas acciones con dividendo fijo desafían su consideración como instrumento de deuda (bono) o como capital (acción) porque como bono tienen una retribución fija y como acción no están alcanzadas por un término de vencimiento para el recupero de su monto.

Está caracterizada en cuanto a su proceso de constitución por la exigencia de un mero documento privado que se inscribe en el registro mercantil. Solo requiere escritura pública si los aportes incluyen inmuebles. El objeto social es amplio y su duración puede ser ilimitada. La responsabilidad se limita al aporte salvo fraude o abuso en perjuicio de terceros; los aportes pueden integrarse hasta los dos años de la constitución; existe libertad para las clases y serie de acciones y la restricción de transferencia hasta por 10 años. Es posible la renuncia a la convocatoria de la asamblea antes, o durante o después de la misma. Pueden establecerse reglas para las reuniones no presenciales y suprimirse requisitos de quórum.

Los conflictos entre accionistas pueden someterse a árbitros o amigables componedores o en su defecto a la Superintendencia de Sociedades por proceso verbal sumario (art. 40). Existe plena libertad para diseñar la estructura de la administración y en defecto de régimen estatutario la ejercerán la asamblea o el accionista único. Puede crearse junta directiva u otro órgano mediante cualquier sistema de elección.

VI- LA DOCTRINA NACIONAL

RIVAROLA, fue un verdadero precursor en la doctrina que predicó la incorporación de la sociedad unimembre en el plexo jurídico societario, conceptuando indiferente respecto de los terceros que las acciones de la sociedad anónima estuvieran en cabeza de un accionista o de muchos, porque la prevención de las anomalías societarias, del fraude, de la transparencia de los balances y su consecuencia reflejados en la realidad de la solvencia, no dependen de la cantidad de socios, y los fraudes se cometerán o reprimirán sin diferencias en uno u otro caso²⁶.

En el mismo sentido, años después, YADAROLA se constituyó en uno de los epígonos de la sociedad unipersonal postulando su reconocimiento en el antiguo Código de Comercio. Consideró que la pluralidad de socios exigida por el texto legal (arts. 318 y 319), constituye un elemento del contrato para la formación de la persona jurídica a través de la organización de su patrimonio y los órganos que habrán de expresar la voluntad social (asamblea y directorio), pero ya en funcionamiento, la pluralidad de socios es una mera formalidad.

La personalidad jurídica significa que es un sujeto de derecho y resulta válido separar del contenido de un negocio jurídico, las voluntades iniciales personales pues la formación de la persona jurídica opera la

²⁶RIVAROLA, MARIO A.: "Afectación individual de patrimonio" en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1937, t. 15, p. 297.

separación de patrimonios de éstas respecto del de cada socio y genera un patrimonio social independiente, y una organización que también lo es, a partir de lo cual los avatares de los fundadores y de los ulteriores adquirentes de acciones son abstractos respecto de la personalidad jurídica.

La concentración de las acciones en una mano sola es un negocio indirecto, fiduciario pero, en tanto se mantenga intacta la estructura formal impuesta por la ley, el número de los socios sobreviviente, desdibuja importancia frente a los acreedores que contratan con una persona jurídica constituida con un patrimonio autónomo, que es el único que responde por las deudas de la sociedad, sin considerar el número de socios²⁷.

ARECHA, en la misma línea, no advierte razones que desdibujen la personalidad jurídica cuando se trata de sociedades en las que las acciones estén concentradas en un solo sujeto. Califica como “*empresas de un solo individuo*” a aquellos emprendimientos, societarios o no, en los que la responsabilidad queda focalizada en un patrimonio y, COMO YADAROLA, pone énfasis en la responsabilidad del patrimonio autónomo de la sociedad²⁸.

MICHELSON comentó auspiciosamente el proyecto de 1949 que incorporaba la “*entidad de responsabilidad limitada individual*”, calificando positivamente el objetivo de creación de *patrimonios independientes afectados*, para evitar que un fracaso empresario inculpable involucre la totalidad del patrimonio concebido como prenda común de los acreedores en la ley societaria y concursal, pero advierte sobre la necesidad de la tutela de terceros en orden a impedir el fraude el dolo y hasta la culpa del empresario individual²⁹.

SATANOWSKY se ocupó reiteradamente del problema y rescató la idea de acto jurídico indirecto o con fines indirectos, entre ellos el fiduciario, reclamando una regulación que la inercia jurídica no había aportado desoyendo los reclamos propiciados fundamentalmente por ASCARELLI en Italia y YADAROLA en nuestro país.

Puso el acento en hipótesis de responsabilidad del deudor limitada a una parcela patrimonial, como el abandono del buque en la ley de navegación 20.094: 174 y 175, y postuló una legislación sobre limitación de la responsabilidad del *empresario individual*, porque no es la empresa la que limita su responsabilidad, sino aquel.

Marca así el camino al patrimonio separado que aparecerá luego consagrado en la reforma del derecho societario con afectación de parcelas del patrimonio societario a un destino específico.

En cambio ORGAZ, ALFREDO³⁰, nunca conceptuó viable la limitación de responsabilidad individual del sujeto en derecho, imputándole violación al

²⁷ YADAROLA, MAURICIO: “*El negocio indirecto*”, p. 375 y ss.

²⁸ ARECHA, WALDEMAR: “*La empresa comercial*”, Bs. As., 1948, p. 247.

²⁹ MICHELSON, GUILLERMO: “*Entidades de responsabilidad limitada individual*”, LL 55-826, año 1949

principio de universalidad y unidad del patrimonio consagrado por VELEZ SARFIELD en el Código Civil.

La doctrina mas reciente definitivamente influenciadas por una tendencia irresistible a partir de la XII Directiva de la Comunidad Económica Europea permisiva de sociedades unipersonales, fue adecuando los conceptos y eliminando los reparos, realizando a la vez interesantes aportes en torno a las necesarias condiciones que deberían reunir las sociedades unipersonales para evitar que el fraude las constituya en meros instrumentos de propósitos descalificados en el mundo jurídico.

En tal sentido la opinión de ANAYA³¹, ARAYA³², RICHARD³³, PÉREZ HUALDE³⁴, ALEGRIA³⁵, confrontan con la posición casi solitaria pero firme de NISSEN quien las considera un mero recurso para esconder al comerciante individual tras la figura de un ente societario con violación de los principios fundamentales del ordenamiento societario³⁶.

La evaluación del pensamiento de VITOLO es paradigmático y muestra su apreciación crítica que siempre asumió con largos fundamentos, reputando inconvincentes los argumentos a favor de la sociedad unimembre que exponía la doctrina mayoritaria.

Sin embargo, con agilidad intelectual reconoce el cambio en razón de la paulatina convicción de la posibilidad de legislar en forma de que el empresario individual limite su responsabilidad patrimonial con utilización de la estructura societaria, lo cual puede ser la más adecuada práctica por tratarse de una fórmula conocida y aplicada en el mercado y a la vez colectora de rica doctrina y jurisprudencia.

-VII- EL ANTEPROYECTO ARGENTINO DE 2002 Y LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

³⁰ ORGAZ, ALFREDO: *“La empresa individual de responsabilidad limitada”*, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1942.

³¹ ANAYA, JAIME L.: *“Sociedades inicialmente unipersonales”*, ED, 124-724

³² ARAYA, MIGUEL C.: *“Empresa individual y sociedad unipersonal”*, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 306.

³³ RICHARD, EFRAIN: *“En torno a la sociedad unipersonal”*, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 273.

³⁴ PÉREZ HUALDE, FERNANDO: *“Patrimonio independiente con personalidad jurídica”*, V Congreso de Derecho Societario y de la Empresa, t. I, Advocatus, Córdoba, 1992, p. 291.

³⁵ ALEGRIA, HÉCTOR: *“La sociedad unipersonal”*, RDCO, Año 27, 1994.

³⁶ NISSEN, RICARDO: ED, 202-693: Las sociedades no son instrumentos para limitar la responsabilidad de los socios ni un disfraz para que este esconda en ella sus bienes permitiéndole las aventuras con sustracción de su patrimonio a la garantía del acreedor y califica como un abuso y un absurdo a la sociedad unimembre que ofende el concepto de sociedad. Ver por todo: VITOLO DANIEL R.: *“Sociedades Unipersonales”* en Cuestiones de Derecho Societario, en Homenaje a HORARIO P. FARGOSI, ed. Ad Hoc, 2004, p. 23 y ss.

En el derecho argentino el concepto de sociedad está asentado sobre la base de la organización (*rectius*: contrato plurilateral de organización) en torno a las formas típicas establecidas por la ley, de dos o más personas (art. 1 LS).

El conocido anteproyecto de Reforma de la Ley de Sociedades elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos M.112/2002 incorpora, dentro de sus muchas modificaciones, la posibilidad de constitución de sociedades de capital (sociedades anónimas y de responsabilidad limitada) unipersonales.

El Anteproyecto determina: **(i)** la constitución por instrumento público, art. 4, y en las hipótesis en que la sociedad devenga socia única de otra, originariamente plural, en razón de la acumulación en una sola mano de la integridad del capital social, impone la fusión con ella o bien la disolución de la participada, salvo que una incorpore nuevos socios dentro de los tres meses (art. 20); **(ii)** las sociedades unipersonales no pueden ser socias de otras de la misma característica; **(iii)** tanto en el supuesto de constitución como de aumento, el capital debe integrarse en forma total y en hipótesis de cese de la pluralidad en forma que devenga la unipersonalidad, los aportes adeudados deben integrarse dentro de los tres meses (art. 149 y 187) **(iv)** las resoluciones referidas a actos del socio único, son competencia del órgano de gobierno y requieren constancia en autos e inscripción registral (art. 233 y 249); **(v)** las sociedades unipersonales tiene obligación de contar con sindicatura (art. 158); **(vi)** las sociedades anónimas que se constituyan en unipersonales, deben adoptar la decisión por asamblea ordinaria (art. 234 inc. 10); **(vii)** en hipótesis de disolución establecida en el art. 94 inc. 8 LS, no se aplicará a la sociedad devenida unipersonal salvo cuando el único socio remanente fuere una sociedad unipersonal.

Curiosamente frente a este claro alineamiento del Anteproyecto en la tendencia actual del derecho societario, en el que ya la sociedad unipersonal no tiene resistencia, en nuestro medio aparece, en contraposición, el criterio interpretativo de la Inspección General de Justicia como organismo de contralor societario que, variando la posición permisiva tradicional en materia de socio minoritario, ficticio o de cómodo, pone marcado énfasis en el cumplimiento del requisito de pluralidad exigido en el art. 1 de la ley 19550.

Los fundamentos de la orientación impuesta al órgano de control por Ricardo Nissen, se asientan en el argumento de que las empresas industriales y comerciales que exigen capitales que no pueden ser suministrados por una sola persona, impele a la asociación para reunirlos asumiendo los riesgos de la empresa. La concepción del contrato de sociedad en torno a este primer concepto de medio idóneo para la colección de capitales en orden a los emprendimientos que requieren contribuciones de los socios, encuentran consagración en la *pluralidad de socios* como requisito específico del contrato de sociedad, el que asume nueva función que supera la meramente formal, e implica la efectiva voluntad de concretar un contenido económico suficiente a

través de la realización de aportes, en orden a un acuerdo de funcionamiento asociado concentrado en asumir riesgos, y distribuir beneficios.

En el caso “Coca Cola Femsa de Buenos Aires” (Res. IGJ 1632/03), se pone énfasis en la inexistencia de elementos esenciales del negocio societario, lo que lleva a la descalificación de las posiciones administrativas anteriores en orden a la permisibilidad de las sociedades creadas como mero recurso para limitar la responsabilidad del empresario, despreciando los fundamentos de la legislación en el que el *affectio societatis* no puede soslayarse.

El órgano de control sostiene que la “ratio del reconocimiento de sociedad anónima no es instrumento de limitación de responsabilidad sino el medio para coleccionar capítulos con vistas a emprendimientos importantes”. Con ello no hizo sino reflejar en el ámbito administrativo una tendencia ya marcada por la doctrina judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que en algunos fallos señeros habían marcado la tesis que luego recogería la I.G.J., descalificando como mero recurso para limitar la responsabilidad, el instrumento de la sociedad de capital ^{37 y 38}.

³⁷ C 1ª Civ., Com., y de Min., Mendoza, “Sar Sar Chia Salvador y otro c/ Angel Falanga”, publicado en Revista de Sociedades y Concursos, septiembre 2002, pp. 250, 11.03.1999.

³⁸ CNCom., Sala C, “Macosa S.A. y otras”, LL, 1979-C, 284 y ss, 21.05.79 con comentario de **MATTA Y TREJO, GUILLERMO E:** “*En torno al control administrativo en la constitución de sociedad anónimas*”. El tribunal determinó que las sociedad anónimas constituidas por profesionales para su ulterior colocación en el mercado no revela aportes sociales porque los otorgantes sólo afrontan el gasto del negocio que es el de la prefabricación de una sociedad lo que no constituye el aporte que exige prestación específica destinada a componer el capital social, integrando el patrimonio que debe ser aplicado “a la producción o intercambio de bienes y servicios”. Expuso allí “en nuestro derecho no puede sustentarse la validez de las sociedades unipersonales atento a las reglas de la ley 19.550, y en especial frente a lo establecido por el art. 94 inc. 8º del citado ordenamiento...la solución jurídica resistente al reconocimiento de sociedades unipersonales no deja de presentar ventajas para alcanzar adecuadas soluciones en justicia cuando se trata de alcanzar la posición del “dominus” y concilia sin esfuerzos con la tendencia actual a las responsabilidades emergentes en la situación de predominio de un socio (arg. art. 165, ley 19.551)...son sociedades anónimas simuladas o nulas, por haberse constituido sin originaria pluralidad de accionistas o lisa y llanamente sin accionistas, aquellas sociedades en que una pluralidad de personas interviene por encargo o interés de una sola persona –llamada sociedad preordenada, obligándose a transferirle en su oportunidad las acciones que es el efecto querido desde el inicio”.

Pueden leerse en el fallo nutridas referencias autorales en apoyatura de la solución judicial. Sin embargo en el fallo no puede dejarse de lado las características del caso y aquellos considerandos que reconocen la existencia de una evolución doctrinaria y legislativa, tolerante y flexible respecto de las sociedades unipersonales lo que lleva a advertir que la tendencia no puede ser simplificada con aplicaciones que no distingan la variada gama que presenta el espectro de tal fenómeno, pues no todas sus manifestaciones merecen el mismo tratamiento ni aún bajo aquella tendencia permisiva.

En la hipótesis se trata de una demanda promovida por los fundadores de una sociedad anónima que son profesionales y colaboradores que adujeron haber actuado para tener “en cartera” sociedades constituidas para eventuales clientes.

Se advierte entonces que en el caso la nota de la unipersonalidad aparece juntamente con la de la imputada simulación o desvirtuación del instrumento societario, carente así de los elementos esenciales y configurando una mera apariencia pues sus fundadores no han querido formar una sociedad entre sí ni con otras personas, carecen de *affectio societatis*, describen el

VIII.- LA RUPTURA LEGAL DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DEL PATRIMONIO

Las formulas más reciente y también más avanzadas dirigidas a la limitación de la responsabilidad patrimonial, aparecen a través de la legislación italiana en el denominado “Patrimonio destinado a un negocio específico”, y mas recientemente aún en la legislación francesa, con la denominada “Empresa individual de responsabilidad limitada” (EIRL).

En estos casos ya no se trata simplemente de constituir un ente moral, una persona jurídica distinta de la misma sociedad con un patrimonio independiente. Ni siquiera del escudo societario concebido como instrumentación de una persona física determinada, característica de la llamada “sociedad unipersonal”, ni del fideicomiso cuyo patrimonio afectado se traslada a la titularidad fiduciaria de un tercero (fiduciario) y sólo por tiempo determinado, (por lo que no puede hablarse de patrimonios plurales de una misma persona), sino más decididamente de una clarísima separación patrimonial del sujeto persona física o jurídica (indistintamente en el caso del modelo italiano) y de la persona física, exclusivamente, en el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada del ordenamiento francés.

En ambos casos se advierte un común denominador: la segregación de los patrimonios y la ruptura de la regla clásica de la universalidad patrimonial, pero cabe advertir la mayor relevancia –en el plano comparativo- de la formula de la EIRL francesa, -bien es cierto que con distinto supuesto subjetivo respecto del sistema italiano-, pues por su vía puede la persona física, (solo la persona física) detentar en su cabeza multiplicidad de patrimonios afectados a plurales emprendimientos profesionales. Al final del vuelo histórico se dirá que la regla de la unidad de patrimonio es ya anacrónica.

IX.- ITALIA: PATRIMONIOS DESTINADOS A ESPECIFICIO NEGOCIO (DEC. LEGS. 6/2003)

Constituye una novedad en el ámbito del derecho societario la introducción en el cuerpo del Código Civil italiano, en virtud de la reforma operada por vía del Decreto Legislativo 6/2003 la incorporación de una sección

objeto social sin propósito de realizarlo ni saber si alguna vez se llegara a cumplir; no existen aportes sociales.

La sentencia admite que en esta hipótesis no pueden atenderse la posición doctrinaria que niega la aplicación de los principios de simulación a las personas jurídicas fundándose en la disociación de los factores constitutivos, sustracto y reconocimiento, de lo que se sigue de los vicios o efecto del sustracto no alcanzan a la personalidad del ente porque el sustracto es presupuesto, mas no condición de eficacia de reconocimiento de la personalidad jurídica.

El fallo advierte que aquella tesis de FERRARA (JR.) seguida por CÁMARA Y BORDA, entre nosotros, no obsta en el caso a la impugnación o simulación en el contrato social por no haber culminado el iter constitutivo con el reconocimiento o registración, que es el momento a partir del cual recién se niega la posibilidad de impugnación en la doctrina de Ferrara (jr.).

dedicada a los patrimonios destinados a un específico negocio (art. 2447 *bis* a 2447 *decies*)

La reforma constituye un avance de singular importancia en la configuración de patrimonios diversos de una misma sociedad. Estos patrimonios son llamados “dedicados” (o destinados) y se integran con el conjunto de bienes destinados a un negocio determinado e independientemente o separado de aquellos patrimonios de “financiación por terceros”, también creados en la misma reforma.

Conforme a la norma legal art. 2447 *bis* del Cod. Civ. en su nueva redacción la sociedad puede *constituir uno o más patrimonios destinados exclusivamente a un negocio específico*. La norma significa una neta separación entre patrimonios desde el punto de vista jurídico constituido por bienes singulares, respecto del patrimonio unitario o no destinado de la sociedad.

Pero no termina allí la novedad sino que además prevee lo que se denomina “contrato relativo al financiamiento de un específico negocio” en virtud de cual se propende al reembolso total o parcial de la financiación misma en forma que a ella sean destinados los ingresos provenientes del negocio o de parte del mismo.

Se trata de dos tipologías de destinación *ad hoc* distintas. En la primera el patrimonio está destinado a un negocio específico. En la segunda el patrimonio está destinado a un determinado dividendo consiguiente a un cierto y determinado negocio.

La relación que acompaña al Decreto Legislativo 6 / 2003 establece con respecto al patrimonio destinado a un específico negocio *“estamos esencialmente en presencia de la individualización, el lado interno del patrimonio de la sociedad de una parte del mismo, la separación jurídica interna y su destinación a un específico negocio, una particular operación económica. En sustancia la hipótesis es operativamente equivalente a la constitución de una nueva sociedad, con la ventaja de la eliminación de los costos de constitución, mantenimiento y extinción de la misma.”*

La misma relación con referencia a la financiación del específico negocio establece *“la constitución de un patrimonio separado no está necesariamente vinculada a la hipótesis de financiación por terceros destinada al negocio mismo; pero eso es posible. Tratase entonces de la financiación con carácter participativo, en orden a la cual está prevista una amplia posibilidad de articulación de derechos patrimoniales y de un principio de organización en el art. 2447 *octies*, en tutela de estos. Se hipotiza en efecto una *financiación*, y entonces el ingreso de nuevos medios financieros a la sociedad, obviamente provenientes de terceros, al servicio del reembolso del cual estén principalmente destinados los ingresos del negocio mismo.*

A) Patrimonios destinados a un específico negocio

El “patrimonio destinado” Se concreta con los bienes individualizados que constituyen de origen una parte del patrimonio de la sociedad, que en virtud de la nueva destrucción deja de constituir garantía genérica de los acreedores de la misma y pasa a serlo de los acreedores generados

exclusivamente en las obligaciones originadas para el específico negocio o emprendimiento.

Vale decir que el patrimonio destinado responde exclusivamente por las obligaciones contratadas para el específico negocio, con exclusión de lo que pasa a ser patrimonio residual de la sociedad (esto es todos los bienes no incluidos en el patrimonio afectado, art. 2447 *quinquies*, 3er. párrafo)

Sin embargo, el empresario puede excluir el efecto de separación absoluta, determinando en la misma deliberación de constitución del patrimonio destinado, la responsabilidad ilimitada de la sociedad por determinadas obligaciones contratadas con relación al específico negocio (art. 2447 *septies*, 4to párrafo) lo que equivale a decir que de ordinario opera la responsabilidad exclusiva del patrimonio destinado pero en los casos previstos por la misma sociedad en el acto de constitución del patrimonio afectado subsistirá la responsabilidad subsidiaria del patrimonio residual o no afectado o general de la sociedad.

Constituyen excepciones de singular importancia a la regla de separación: 1) la sociedad responde con todo su patrimonio, sin posibilidad de separación cuando se trata de obligaciones derivadas de hechos ilícitos (art. 2447 *quinquies*, 3er. párrafo).

2) el patrimonio dedicado al específico negocio no puede representar un valor total que supere el 10% del patrimonio neto de la sociedad, 3) el patrimonio separado no puede ser aplicado a negocios regulados por leyes especiales.

a) Acto de constitución del patrimonio destinado

La decisión societaria de constitución del patrimonio destinado al específico negocio debe ser expuesta con claridad en forma inequívoca estableciéndose en forma explícita *el negocio* al cual está destinado; *los bienes y relaciones jurídicas* alcanzados; *el plan económico financiero* congruente con la operatividad, modalidades de aplicación y especialmente *el objeto perseguido* con determinación de las *garantías* que se ofrecieren a los terceros; se debe indicar los aportes de terceros y el *control* y participación que a estos correspondiere en los resultados; la posibilidad de *emitir instrumentos financieros* de participación en el mismo negocio y sus derechos.

b) Control externo

El acto constitutivo debe contener la expresa designación de una sociedad de control o revisión contable en los casos en que la sociedad de que se trate no estuviere ya sujeto al sistema de revisión contable por sociedad de revisión y emita títulos sobre el patrimonio destinados a la oferta pública y particularmente a inversores no particulares.

c) Efectos del instituto

El efecto relevante del nuevo instituto es la *oponibilidad a terceros* del vínculo de destino y el régimen de responsabilidad por las obligaciones contratadas para realizar el negocio al que el patrimonio está destinado.

La deliberación de constitución del patrimonio destinado debe ser inscripta en el registro de la empresa y los acreedores de la sociedad *anteriores* a la constitución de dicho patrimonio disponen del plazo perentorio de *60 días* para oponerse. En defecto de oposición no pueden hacer valer en el futuro ningún derecho sobre tal patrimonio, ni tampoco sobre los frutos o ingresos derivados del negocio.

Si hubieren deducido oposición, en el término de 5 días el tribunal puede disponer la concreción de la inscripción previa prestación por parte de la sociedad de garantía suficiente (art. 2447 *quater*).

d) Cuentas separadas

Es otra condición *sine quanon* del blindaje de responsabilidad *supra* descripto el mantenimiento separado por parte de los administradores de los libros y la documentación contable (art. 2447 *sexies*).

Los bienes y relaciones involucradas en los patrimonios destinados deben ser individualizados en el *balance* en forma separada. Es a cargo de los administradores la *rendición de cuentas* separadas las cuales van agregadas al balance (art. 2447 *septies*).

La deliberación constitutiva del patrimonio destinado puede prever una responsabilidad limitada o subsidiaria de la sociedad, en cuyo caso el mismo debe aparecer congruentemente articulado con el estado patrimonial y evaluado conforme a los criterios expuestos en la nota integrativa al balance para la información a socios y acreedores respecto de las operaciones involucradas.

La administración del patrimonio destinado está facultada a la emisión de instrumentos financieros en relación al específico negocio, lo cual debe ser decidido en una asamblea especial que debe decidir sobre los representantes de cada categoría de instrumentos, sus condiciones de control, el desarrollo del negocio y las acciones de responsabilidad; la constitución de fondos para los gastos y la rendición de cuentas correspondientes; de la misma manera que sobre los derechos resultantes de los instrumentos financieros, las controversias con la sociedad, entre otros.

e) Realización o imposibilidad de cumplimiento

Cuando el negocio hubiese concluido o bien hubiere resultado imposible es obligación de los administradores presentar la rendición de cuenta final y

depositarla, con información de la sindicatura y de la revisión contable en el registro de la empresa. La imposibilidad de satisfacción de todas las obligaciones habilita a los acreedores para requerir la liquidación dentro de los 90 días de la presentación de la rendición de cuentas (arts. 2447 *novies* y 2447 *quinquies*).

B) Patrimonio destinado a la financiación de un específico negocio.

Constituye también un aspecto ciertamente novedoso y singular del nuevo sistema la institución de una forma particular de financiación que puede asumir la separación patrimonial destinada.

Consiste en la aplicación de los ingresos generados en el negocio específico a la financiación externa en forma tal que todo o parte de tales ingresos se apliquen exclusivamente al reembolso de tal financiación (art. 2447 *bis*, b)

El financiamiento implica obviamente *ad intra* una deliberación asamblearia pero *se concreta en un contrato* entre la sociedad y el financista o financistas externos que debe contener particularmente la clara individualización y diferenciación de los ingresos del negocio que deban ser destinados al reembolso de la financiación y de aquellos otros que habrán de ser aplicados a otro destino.

El *contrato* debe describir las operaciones que individualicen el objeto específico, modalidades, plazos, costos e ingresos; bienes necesarios para la realización de las operaciones y garantías que la sociedad ofrece para la ejecución del contrato de financiación y la realización de las operaciones; el plan financiero de las mismas con expresa determinación de la parte cubierta por la financiación y la parte que será a cargo de la sociedad; la parte de ingresos que se aplicarán al reembolso y la modalidad del mismo; los controles que el financista o su representante están habilitados a realizar; las garantías que la sociedad puede prestar para el reembolso de una parte de la financiación y el tiempo máximo del reembolso, el cual constituye un plazo de caducidad a partir del cual nada se debe al financista.

Los ingresos generados en las operaciones financiadas constituyen el patrimonio separado del de la sociedad y también separado de todo otro patrimonio afectado a toda otra operación tanto de financiación como a un específico negocio.

De la misma manera que los “*patrimonios destinados a específico negocio*” los “*patrimonios destinados a la financiación de un específico negocio*” pueden ser más de uno con la única condición de que el contrato sea depositado y registrado en las oficinas del registro de la empresa y que la sociedad adopte sistema de encaje y contabilización que resulte idóneo para que en todo momento los ingresos estén separados del restante patrimonio.

El cumplimiento puntual de tales condicionamientos significa que sobre los ingresos y frutos del específico negocio sólo el financista posee acciones ejecutivas no siéndoles admitidas a los otros acreedores cuya potestad (no contratantes) sólo es posible a acciones conservativas de sus derechos una vez cumplimentado el reembolso de la financiación o acontecida su caducidad limitadas.

La agresión patrimonial queda así exclusivamente reservada a los terceros financistas, claro esta respecto de estos, con exclusión de toda acción sobre el patrimonio residual no destinado o no destinado.

a) Quiebra de la sociedad

En tanto la quiebra impide la realización la realización o continuación de las operaciones, tanto los acreedores sociales como los financistas contratantes tienen derecho a insinuación en el pasivo. Constituye también una exigencia primaria la publicidad de la financiación destinada al específico negocio en el balance de la sociedad: deba ser incluida en nota integrativa del mismo con individualización de los bienes comprendidos en las operaciones, el destino de los ingresos y vínculos relativos a los bienes comprendidos.

b) Finalidad del instituto

El nuevo modelo italiano de separación patrimonial la sociedad aplica sus propios bienes y valores, los que obviamente forman parte de su patrimonio a un negocio específico que significa una específica operación económica. Es una escisión patrimonial sin creación de una nueva sociedad. El patrimonio afectado continúa en cabeza de la misma sociedad.

El principio general del Código civil contenido en el art. 2740 establece que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros lo que equivale a decir que la sociedad responde de las propias obligaciones con el entero patrimonio del que es titular.

Con el nuevo instituto la sociedad puede derogar el principio –salvo disposición contraria al estatuto en forma que “*por las obligaciones contratadas en relación al específico negocio la sociedad responde dentro de los límites del patrimonio al mismo destinado*” (art. 2447 *quinquies* op cit según reforma Dec. Legs. 6/2003)

Desde el punto de vista práctico equivale a la constitución de una nueva sociedad pero sin costos de constitución, mantenimiento y en su caso de liquidación.

El segundo instrumento calificado como de separación patrimonial consiste en la financiación de un negocio determinado (específico) por parte de la sociedad que obtiene para ellos bienes o valores externos que no son integrados al capital sino como financiación con aplicación precisa a un negocio

determinado. En este caso la vía instrumental es un contrato con la parte financiada en el que se establece que los ingresos del negocio mismo son aplicados exclusivamente al reembolso de la financiación constituyendo un patrimonio separado del de la sociedad blindado de la agresión por créditos que no fueren los comprendidos en el contrato de financiación, es decir, por los otros acreedores de la misma sociedad cuyos créditos no tuvieron causa o título en la financiación del específico negocio (art. 247 *decsies*, del Código Civil según la reforma Dec. Legs. 6/2003).

**X.-
FRANCIA: LA NUEVA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD
LIMITADA (LEY 2010/658)**

La unidad del patrimonio del sujeto individual principio tradicional en el derecho romano y reinó sin zozobras serias en el derecho francés en particular, (una persona solo podía tener un único patrimonio) en el que la primera excepción recién fue consagrada por la llamada *fiducie* por ley del 19 de febrero de 2007 pero en la misma los varios patrimonios del fiduciario son temporarios y el fiduciario es generalmente un establecimiento de crédito.

La más reciente novedad en el derecho contemporáneo en el esfuerzo extremo dirigido a la separación patrimonial es el del empresario individual con responsabilidad limitada (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée* EIRL) vigente a partir de la ley nº 2010-658 del 15 de junio de 2010 incorporado al Código de Comercio en los arts. L. 526-6 a L. 526-21³⁹ y cuyos efectos totales recién se aplicarán a partir de 2013.

La nueva formula legal permite al empresario circunscribir el riesgo patrimonial vinculado a su explotación de la misma manera que lo que acontece con el director de la sociedad de capital pero, con marcada diferencia a esta y aún con marcada diferencia a la sociedad unipersonal, porque no se crea ninguna persona moral.

El empresario individual no constituye una sociedad sino un patrimonio afectado a su actividad patrimonial (*patrimoine affecté*, PA), separado, diverso, distinto e independiente de su patrimonio personal (PP) que pasa a ser así un patrimonio no afectado.

De esta manera el empresario individual tendrá dos (o más) patrimonios independientes: su patrimonio afectado responderá sólo de sus deudas profesionales, mientras que su patrimonio personal responderá frente a las otras deudas.

Si el empresario individual tiene varias actividades y no sólo una (única), podrá repartir sus actividades entre sus dos patrimonios, lo que

³⁹ FRANÇOISE, PÉROCHON presentó la EIRL en el reciente Congreso de Roma "*Debitore, creditor e patrimonio: legislazioni a confronto*". Alcune riflessioni a partire dall'opera di Ariel Angel Dasso "Derecho concursal comparado, 17 y 18 de febrero de 2011.

equivale a decir que podrá constituir un patrimonio afectado, o distinto, para cada una de sus actividades (esta última extensión será aplicable recién a partir del año 2013).

EL sistema de empresa individual con responsabilidad limitada constituye así una excepción, la más amplia de todas las admitidas en el derecho actual respecto del principio de unidad patrimonial.

Resulta tan impactante la nueva concepción que en el orden civilista, y a pesar de la claridad de la ley se sostiene que no existe técnicamente una división patrimonial sino que, en el caso, el concepto de patrimonio contiene una mera definición de los derechos de los acreedores y no alude a un verdadero patrimonio independiente. Esta posición de resistencia, más que dogmática, aparece ideológica porque frente a la claridad de la ley la doctrina mayoritaria coincide en que el empresario puede actualmente, en virtud de la nueva formula, tener dos ... o más patrimonios.

Solamente pueden acudir a la formula de división patrimonial las personas físicas que realicen cualquier tipo de actividad profesional independiente, fuere esta comercial o artesanal, agrícola o liberal.

El acogimiento al sistema esta posibilitado por la mera decisión del empresario de suscribir una declaración de afectación en que indique qué bienes son los afectados y la determinación específica de la actividad profesional a la que se realiza tal afectación, todo lo cual debe asentarse en el respectivo registro profesional. En el sistema francés tienen ajejo funcionamiento el registro comercial y el artesanal, y la ley 658 de 15 de junio de 2010 adiciona el de agricultores y otro para las restantes de profesiones liberales.

Cuando los bienes afectados fueren inmuebles, el empresario individual debe hacer constar su decisión por escribano público (*notaire*) a los efectos de su anotación en el registro de la propiedad (*Conservation des Hypotèques*).

El activo de PA esta formado por los bienes efectivamente "necesarios" para el ejercicio de la actividad profesional, salvo cuando se trate de agricultores, los cuales no tienen que incluir sus propiedades (ley 2010-874 de 27 de julio de 2010 (art. 40.I)).

El contenido del activo configurado por la expresión "bienes" es entendido como abarcativo de bienes, derechos, obligaciones y garantías (*biens, droits, obligations ou sûretés*).

FRANÇOISE PÉROCHON pone énfasis en advertir que sólo los bienes efectivamente necesarios para la actividad profesional constituyen el contenido del activo del patrimonio afectado por lo cual nada obsta a que el empresario declare bienes que utiliza pero que no son estrictamente necesarios. En

materia de distinción entre el bien necesario y el utilizado debe reconocerse la existencia de una zona de difícil determinación por lo que se aconseja que si se trata de un bien susceptible de evaluación resultará siempre conveniente incluirlo en el activo declarado como parte del patrimonio afectado porque en caso de incumplimiento grave en cuanto al contenido del mismo la ley determina la derogación de la independencia o separación de los patrimonios con lo que aparece el subido riesgo de responsabilidad sobre todos los bienes (L. 621-2 al 3 y L. 526-12 al 9).

El pasivo del patrimonio de la EIRL esta constituido por todas las deudas nacidas o causadas u originadas en el ejercicio de la actividad profesional a la cual el patrimonio es afectado (art. L. 526-12, 1º) y la amplitud de la ley provoca en doctrina zonas de debate cuando se trata de determinar el caso de deudas que participan tanto de la actividad profesional como de la vía privada del empresario individual, *v. gr.* la deuda por el precio de un automóvil afectado al uso particular o personal y a la actividad profesional

a) Cuentas separadas

Con una gran similitud con el Patrimonio de afectación a un específico negocio del decreto del nuevo sistema societario italiano (Dec. Legs. 6/2003), es condición de la separación patrimonial el prolijo mantenimiento de cuentas de banco y de la contabilidad por cada patrimonio las, que están sometidas a la publicidad anual en el registro respectivo (art. L. 526-14).

Como efecto de la separación del patrimonio, los acreedores ven constreñidos sus derechos de ejecución singular ya que solo podrán actuar sobre uno de los patrimonios: los acreedores por obligaciones generadas en la actividad profesional solo podrán agredir los bienes del patrimonio afectado, en tanto que los acreedores personales solo podrán hacerlo respecto del patrimonio personal.

Sin embargo, existen dos excepciones en los cuales la doctrina pone particular énfasis: *a)* cuando el patrimonio personal no resultare suficiente el acreedor del EIRL puede dirigir su pretensión sobre el beneficio del último ejercicio; *b)* el empresario individual tiene potestad de sacar de su patrimonio afectado los ingresos y trasladarlos a su patrimonio personal. Esta última excepción es de una singular importancia porque significa colocar en cabeza del empresario una potestad de comunicación interna entre los patrimonios, lo que vale decir que para el la separación no es imperativa lo que no obsta para que se reconozca el alto riesgo de vaciamiento del patrimonio afectado se reputa insoslayable tal aptitud pues el empresario, en caso de crisis o insuficiencia de su patrimonio personal, no afectado, deberá acudir al PA para sobrevivir. Aquí operará la confusión patrimonial que determina la caducidad del patrimonio afectado.

Tampoco la independencia de los patrimonios es en términos absolutos – por lo expuesto en a)- para los acreedores personales (no afectados) que pueden concurrir –ante la insuficiencia del Patrimonio Personal-con los del PA, aunque en forma limitada a las ganancias del ejercicio último de este.

b) Oponibilidad de la separación

La separación opera de pleno derecho contra entrega en el registro de la declaración por parte del empresario y alcanza: a) todos los acreedores futuros, vale decir aquellos cuyos créditos todavía no hubieren nacido (art. L. 526-12, 1º), b) a los acreedores ya existentes (art. L. 526-12, 2) cuando el empresario los hubiera individualizado en su declaración de afectación y notificado por carta certificada (art. B, 526-9 c. com, Dec. 29/12/2010).

Los acreedores anteriores, a la constitución de la EIRL: a)) tienen un plazo de un mes para formular la oposición (art. L. 526 -12, R526-8 y 526-10 Cod. Com). El tribunal puede desestimar o acoger la oposición y, en este último caso, disponer que el empresario individual preste garantía suficiente o desinterese al acreedor.

La doctrina advierte que la exigüidad del plazo significará que para la mayoría de los acreedores el mismo transcurrirá sin que hubiere realizado la oposición por lo cual es recomendable una atenta vigilancia y una inmediata reacción.

c) Concurso del patrimonio afectado:

El “Estatuto del empresario individual con patrimonio afectado”, ha sido integrado por la Ordonnance N° 2010-1512 del 9 de diciembre de 2010 que determina los efectos del concurso respecto del patrimonio afectado.

En tal circunstancia se mantiene, como principio, el blindaje o incomunicación del patrimonio personal respecto del, o de los, patrimonios afectados. Desde el punto de vista teórico es tan drástica la separación que bien puede considerarse al patrimonio afectado como si fuera un deudor distinto (art. L. 680-1 Cod. Com)

Sin embargo, el principio admite excepciones de importancia: 1) al patrimonio separado en caso de concurso se aplica el sistema del libro IV del Código de Comercio esto es el sistema concursal ordinario de la “*Loi de Sauvergarde*” de julio de 2005 (Code de Commerce Libro VI, *Des difficultés des entreprises*)⁴⁰ que establece los procedimientos de conciliación, salvaguardia, saneamiento judicial y liquidación judicial, en tanto que al patrimonio personal (o no afectado) se aplicará, sólo se acoge a la actividad profesional porque cuando no esta acogido a actividad profesional,

⁴⁰ DASSO ARIEL ANGEL “Derecho Concursal Comparado”, ed. Legis, Buenos Aires, 2010, t. II, Cap. VIII, p. 805 y ss.

corresponde aplicar el denominado Código de Consumo (*Surendetement des particulliers*).

Esta claro que en cualquier hipótesis los dos procedimientos son diversos e independientes y no hay que tener en cuenta en el uno el patrimonio del otro, salvo cuando se trata de la determinación del estado de cesación de pagos (*cessations des paiements*), que debe ser considerada una (única), sin tener en cuenta que uno de los patrimonios no se encontrare en cesación.

Al decir de Françoise Pérochon esta característica determina que la separación de los patrimonios aparezca como realmente trascendente y revolucionaria en el ámbito del derecho civil, pero que no tiene la misma entidad cuando se trata del derecho concursal porque desde siempre la cesación de pagos se ha focalizado en el patrimonio, incluso cuando la ley se refiere a la persona ya que desde siempre deudor y patrimonio coincidían. De ello se deduce que el verdadero objeto del concurso era el patrimonio con lo que no aparece excesivamente revolucionario el sistema del empresario individual por el hecho de que se someta al concurso uno solo de sus patrimonios.

Se reconoce que en la práctica los concursos no serán fácilmente tratados con independencia particularmente en cuanto provocará disputa la determinación exacta del activo y pasivo del patrimonio concursado.

El empresario individual será siempre una sola persona pero, a diferencia de los principios hasta ahora admitidos, tendrá dos o más patrimonios. Sin embargo, las excepciones a la separación son importantes.

Lo más relevante del EIRL es que puede recibir determinados subsidios durante el concurso, pero para ello será obviamente imprescindible tener en cuenta los ingresos que resulten del otro patrimonio (art. 631-11)

En doctrina se prevee el caso en el que el empresario que necesita un préstamo ofrezca garantías sobre bien del otro patrimonio y hasta ofrecer en garantía el entero patrimonio separado. Algo así como una fianza dada por un patrimonio por una deuda del otro, lo cual no está prohibido por la ley.

Claro esta que en tal hipótesis no podrá discutirse que el empresario perderá el beneficio de la separación en forma total o parcial según fuere el alcance de la garantía prestada respecto del otro patrimonio.

Otras excepciones muy importantes son las que resultan de una técnica propia de la responsabilidad de los administradores de las sociedades que actúan con infracción de la ley, el reglamento o los estatutos. Tal hipótesis de confusión de los patrimonios ya se tratare de las cuentas o de los flujos financieros, del fraude o el incumplimiento grave en lo que se refiera a los bienes que constituyen el contenido del patrimonio de afectación o a las

obligaciones contables en cuyas circunstancias la técnica del blindaje está supeditada al riesgo de la responsabilidad sobre los bienes de los dos patrimonios y el sometimiento de ambos a un mismo concurso.

Se conceptúa también excepción al principio de separación la responsabilidad por culpa de gestión, que es de aplicación cuando la liquidación judicial concluye sin satisfacer íntegramente el pasivo. En esta materia la norma madre -art. L. 651-2- se refería exclusivamente a los dirigentes de las sociedades pero ha sido extendida al empresario individual en virtud de la reforma.

Françoise Pérochon había considerado ya aquel sistema calificado como “*faut de gestion*”, como demasiado amplio y aquella observación se proyecta hoy al empresario individual con responsabilidad limitada.⁴¹

La acción de recomposición patrimonial en el caso de concurso (acción de reintegración) también permite anular la separación o blindaje del patrimonio personal y el patrimonio afectado cuando el mismo hubiese sido constituido antes del concurso por un empresario que ya se encontrare en cesación de pagos en tanto hubiere empobrecido el patrimonio sometido al procedimiento concursal a favor del otro patrimonio (art. L. 632-1, 11).

En su evaluación final Pérochon considera que es condición inexorable del funcionamiento del sistema que el empresario nunca conceda garantías sobre el otro patrimonio –al que llamaremos personal- y observe escrupulosamente la prohibición de confusión con máximo rigor, lo cual aparece difícil de cumplir. Son muchos los riesgos de que caiga en alguna vulneración de la incontaminación de gestión y desarrollo patrimonial de los patrimonios en forma que perdure el hermetismo que la ley asigna a cada uno de ellos.

•

A modo de conclusión:

En nuestra doctrina hoy, un activo movimiento doctrinario, que expone sus postulados en múltiples ponencias allegadas Congresos, Seminarios y Jornadas aplicadas a la investigación de un nuevo tipo o modalidad, que con un título quizá demasiado limitado, de “sociedad de familia” aspira a la concreción de una fórmula asociativa amplia y elástica que supere la rigidez del marco dual de sociedades personalistas o de capital que gobierna nuestra ley societaria.

La enumeración precedente de los nuevos sistemas vigentes en el ámbito del moderno derecho societario impone la consideración de la doctrina nacional las múltiples formas que guiadas por el objetivo de una mayor eficiencia, en un marco de libertad contractual y limitación de responsabilidad,

⁴¹ Ver DASSO, ARIEL ANGEL “*Derecho Concursal Comparado*”, ed. Legis, 2009, T. II, p.

tienden a procurar nuevas fórmulas de asociación, que no son hoy posibles dentro de una tipología societaria que por ello no aparece suficiente a los más pretenciosos objetivos de los nuevos ordenamientos.

El derecho societario actual exige formas de asociación ágiles con simplificación de constitución y reducción de costos. Todos los ordenamientos de avanzada, aparecen inmersos en un proceso de globalización para unos o “*americanización*” para otros reflejando con ello la búsqueda de una forma simplificada de sociedad que conjugue dos principios irreductibles en nuestra legislación actual, las notas personalistas de la sociedad y la limitación de la responsabilidad.

La investigación en orden a incorporar a nuestro derecho positivo una nueva forma de sociedad personalista limitada encuentra en el derecho comparado antecedentes conducentes a esa finalidad. El activo movimiento doctrinario actualmente existente en nuestro país, dirigido a la investigación en torno a un nuevo tipo modelo aspira a la concreción de una fórmula asociativa amplia y elástica que supere la rigidez del marco bipolar de sociedades personalistas o de capital que gobierna nuestro ordenamiento societario .

Esta investigación denomina a la nueva forma como “sociedad familiar” pero sus postulados bien pueden superar el limitado ámbito subjetivo que sugiere el demasiado acotado título, para consagrar una nueva sociedad comercial personalista y limitada, funcional tanto a la empresa familiar como a emprendimientos que rebasen ese marco haciéndolo aplicable también a empresas de pequeño y mediano porte.

Sin embargo, la doctrina no satisface ya su propósito en el marco de la tipología societaria que había logrado su cenit en la discutida y todavía no instalada entre nosotros sociedad unipersonal, y avanza hacia una nueva forma de contratar que evade el rigor societario y se instala en el mundo negocial, superando la clásica concepción de patrimonio y de sociedad para abordar por vez primera la construcción jurídica de “empresa” sin sociedad pero con propio patrimonio y de un individuo, persona física en cabeza de varios patrimonios independientes cada uno de ellos afectados a cada actividad. Un avance audaz, todavía impensable en nuestro ordenamiento actual, pero que instalado en el nuevo mundo societario se constituye en apremiante desafío.