

PROPUESTA «DE LEGE FERENDA» PARA POSIBILITAR LA UTILIZACIÓN DE LA FORMA SOCIETARIA COMERCIAL POR PARTE DE UN EMPRESARIO INDIVIDUAL

Ricardo Ludovico Gulminelli

I. SÍNTESIS DE LA PONENCIA: Proponemos que a través de la normativa del art. 3ro. de la ley 19.550 el empresario individual pueda utilizar la estructura societaria.

ART. 3RO. TEXTO SUGERIDO. «Las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetos a sus disposiciones.»

«EMPRESARIO INDIVIDUAL QUE ADOPTA LA FORMA SOCIETARIA TÍPICA». Los empresarios individuales, sean personas físicas o jurídicas, cualquiera sea su objeto empresarial, pueden adoptar la forma de sociedad bajo el tipo de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, siendo aplicables sus disposiciones en lo que resultare compatible. En cualquier momento podrá incorporarse uno o más socios.»

«Cuando exista un solo miembro, sea originariamente o por reducción del número de socios, además de la denominación societaria que corresponde al tipo, deberá adicionarse la sigla E.U. o la expresión «Empresa Unipersonal». Este aditamento no requiere inscripción y dejará de utilizarse cuando el componente pase a ser plural. La omisión de la obligación impuesta en este apartado, hará ilimitada y solidariamente responsable al representante que firmare, por los hipotéticos daños que pudieran generarse en relación a los actos que celebre en estas condiciones.»

La circunstancia de insertar la figura en el art. 3ro. de la ley, permite:

a. Aprovechar toda la normativa societaria, en lo que resulte compatible, sin cambiar ninguna norma, salvo algún caso, como por ejemplo podría suceder con la obligación de realizar actas «asamblearias» o de «toma de decisiones», aunque se trate de un solo integrante. Después de todo, es lo que hace el directorio unipersonal.

b. Da a los magistrados libertad para juzgar, pero ciñendo su actuación a parámetros sólidamente establecidos en el derecho societario como, por ejemplo, la noción de interés social.

c. Se acepta una solución intermedia, no se afirma la existencia de una sociedad pero, en los hechos, al adoptar el tipo S.A. o de S.R.L., los efectos son prácticamente los mismos.

II. FUNDAMENTOS: Durante el año 1.994, a pedido del Ministerio de Economía de la Nación, estuvimos trabajando en colaboración con la Dra. Lilia Gómez de Bacqué y con el Dr. Eugenio Tschelakow, con instrucciones precisas de realizar una revisión crítica de la ley de sociedades. Se nos pidió que elaboráramos propuestas de reforma que luego serían sometidas a debate.

A. La presente ponencia, reconoce como directo antecedente el citado trabajo conjunto. Hace pocos días, trascendió que el Ministerio de Economía mandó al Congreso de la Nación un proyecto de ley de sociedades. Por tanto, suponemos que quizá, el análisis de esta normativa tiene mayor trascendencia que nunca.

B. Pese a lo expuesto, no debe presuponerse que existe conformidad de la Dra. Lilia Gómez de Bacqué y del Dr. Eugenio Tschelakow, más allá de los límites del trabajo originario.

C. En el VII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO Y III CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO SOCIETARIO Y DE LA EMPRESA, realizado en Mar del Plata en 1.995, propusimos la misma idea que ahora vertimos, aunque sin hacer hincapié en los efectos.

D. Nuestra preocupación, desde el inicio, fue insertar en el marco normativo de la ley de sociedades, la posibilidad de que el empresario individual, pueda actuar bajo la fachada de la S.A. o de la S.R.L., aprovechando toda la experiencia recogida en el ámbito societario.

E. Proponemos esta solución, porque estamos persuadidos de que, en definitiva, no tiene demasiada importancia que el componente de la sociedad sea plural o unimembre.

F. La idea de pluralidad, viene impuesta desde hace mucho tiempo y, seguramente, trae consigo reminiscencias del concepto de «contrato» que tradicionalmente acompaña al de sociedad.

G. Sin caer en una teoría institucionalista, sí debemos reconocer que lo que realmente importa a los efectos jurídicos es que exista un centro de imputación de derechos y obligaciones que, por tanto, pueda actuar frente a terceros como si fuera una unidad. Esto no constituye ninguna novedad y calificadísima doctrina ha sostenido lo mismo.

H. Siendo así, nos ha parecido conveniente utilizar el marco del art. 3ro. de la ley de sociedades, para receptor la empresa individual bajo la forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

1. Pese a que la normativa del art. 3ro. de la ley 19.550 ha sido considerada asistemática por alguna doctrina y aunque hasta se ha aconsejado su lisa y llana derogación, nos ha parecido que la solución del actual art. 3ro. sigue siendo valiosa y por eso, aconsejamos mantenerla.

2. Esta primera toma de posición, nos permite avanzar en nuestra ponencia, aconsejando utilizar esta normativa para posibilitarle a la empresa unipersonal la utilización de la estructura diagramada para las sociedades.

3. Propiciamos esta solución, porque al amparo del régimen legal, existen actualmente en nuestro país muchas asociaciones que han adoptado tipos comerciales, fundamentalmente de sociedad anónima.

4. Aunque muchas críticas, especialmente las realizadas desde la óptica jurídica, son indudablemente fundadas, creemos que no resulta conveniente eliminar un sistema que es ampliatorio de la libertad de los contratantes y que además, les permite encauzar su actividad dentro de un diseño organizativo que aunque no sea totalmente compatible, es probadamente eficaz.

I. No sólo convalidamos la norma del art. 3ro., sino que además, nos pareció conveniente utilizar su estructura para esta propuesta: incorporar al esquema legal diagramado en el art. 3ro. de la ley 19.550, la figura del empresario individual que decidiera adoptar alguno de los tipos previstos en la ley 19.550.

J. Las coincidencias exteriorizadas en los Congresos Iberoamericanos de Derecho Societario y de la Empresa realizados en Huerta Grande en 1.992 y en Mar del Plata en 1.995, indican con claridad que la más calificada doctrina, en lo esen-

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) cial, acepta que el empresario individual pueda actuar amparándose en una responsabilidad limitada.

K. Las principales discrepancias se produjeron principalmente en torno al encuadre jurídico que debía darse a la nueva figura.

1. Hemos tenido en cuenta que parte de la doctrina no acepta que se hable de sociedad unipersonal.

2. Considera que dicha terminología implica una contradicción «in terminis», por cuanto la sociedad se origina a través de un contrato plurilateral de organización (art. 1.º de la ley 19.550) de concreción imposible cuando interviene una sola parte.

L. Para evitar controversias de calificación, hemos optado por aclarar con respecto a este tema, que no partimos de la noción de contrato, sino de la de empresa individual.

M. Como resulta evidente, hemos descartado la utilización del concepto «sociedad», al menos en la génesis de la figura.

N. Algo similar a lo que sucede actualmente con las asociaciones que adoptan la forma societaria que como bien se ha apuntado doctrinariamente, no encajan tampoco, aunque por otros motivos, en la definición contenida en el art. 1.º de la ley 19.550.

O. Hemos priorizado un resultado asequible: Legitimar el funcionamiento de una persona jurídica unimembre. Esta posibilidad, en definitiva, como bien dice el maestro Julio C. Otaegui, no ofrece ningún inconveniente conceptual (ver V Congreso de Derecho Societario, Tomo V, p. 267).

P. En consecuencia, si bien haciendo hincapié en la calidad de empresario individual del instituyente, optamos por el aprovechamiento de la estructura societaria.

Q. Este proceder fue el que relevante doctrina aconsejó con argumentos muy convincentes (ver por ej. V Congreso de Derecho Societario, Tomo V, p. 246/253, Dr. Ángel Rojo Fernández, p. 250/253, Dr. Efraín Hugo Richard, p. 244/246, Dr. Pedro García Tejera, p. 254/256, Dr. Héctor Alegría, p. 264/266, opiniones del Dr. Horacio P. Fargosi, Tomo V, p. 243 y 266/8, Dr. Julio C. Otaegui, Dr. Rafael Mariano Manóvil, p. 269/270, Dr. Sergio Lepera, p. 270/272).

R. Siguiendo los lineamientos aludidos, propiciamos que se acepte que tanto una persona física como una jurídica, puedan utilizar el instituto que analizamos.

S. Esta postura, se funda en un criterio edificado sobre la base de receptar sin ambages la realidad negocial, adecuando nuestra legislación a algunas de las más avanzadas del mundo (ver por ej. V Congreso de Derecho Societario, Tomo V, p. 246/253. El jurista español, Ángel Rojo Fernández, en las páginas 250/253, da una interesante visión del panorama europeo actual).

T. Como bien ha expresado prestigiosa doctrina, en nuestro país, desde el ángulo sociológico no se han generado reparos respecto a la sociedad que aunque constituida con dos socios en lo meramente formal, resulta unimembre en lo sustancial.

U. Para que la reforma que proponemos tenga absoluta coherencia, estimamos conveniente la derogación de la norma contenida en el art. 30.

V. Enmarcados en esta línea de pensamiento, propiciamos se considere viable que una S.R.L. esté integrada originariamente sólo por una Sociedad anónima.

W. Sabemos que esta solución puede ser discutible a la luz de una dogmática clásica. Sin embargo, la recomendamos por considerar prioritario privilegiar la aplicación de un criterio de máxima realidad.

X. Por otra parte, como una concesión en beneficio de terceros, nos parece conveniente proponer la obligatoriedad de utilizar además de la denominación para la forma societaria típica, el aditamento E.U. o la expresión «Empresa Unipersonal» para evidenciar la conformación unimembre.

1. Este agregado, en nuestra formulación, no debería formar parte del nombre de la persona jurídica y debería ser lisa y llanamente abandonado en cualquier momento si se integrara un socio.

2. Tal conducta quedaría a cargo de los administradores, siendo los firmantes responsables de los daños que hipotéticamente pudieran generarse por esta omisión.

3. Igualmente sucedería con las S.A. o las S.R.L. cuyo número de socios quedara reducido a uno.

Y. Obviamente, la norma contenida en el art. 94 inc. 8vo. tan sólo regiría para los tipos societarios que no pudieran tener base unipersonal.

Z. Siguiendo la mecánica del actual art. 3ro., recomendamos la aplicación de todas las disposiciones referentes al tipo que se adoptare, haciendo la salvedad de que ello sería así, siempre y cuando resultara compatible con la unipersonalidad básica, que podría ser originaria o devenida.

AA. Esto permitiría, -frente a una eventual reforma de la ley- que no habría que modificar una multiplicidad de artículos porque quedaría sobreentendida la solución a dar en el caso de que el sustrato empresario fuera unipersonal.

BB. Resulta sustancial acotar que receptando la opinión de calificada doctrina y guardando coherencia con el actual sistema legal, consideramos enteramente aplicable la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica al empresario individual que adopta forma societaria típica.

1. Es nuestro criterio que la normativa del art. 54 constituye el mejor vallado para impedir o bien sancionar el abuso de la personalidad jurídica, sea el constituyente plural o unimembre, cuando se trate de cualquier operatoria desviada (según el esquema del art. 54 apartado 3ro.), incluyendo en hipotéticos casos la infracapitalización, que ha sido preocupación especial de los juristas en relación al tema que nos ocupa.

2. Por otra parte, no podemos dejar de reconocer que dentro del «clima jurídico» que impera en nuestro país, especialmente en el ámbito judicial, el único integrante que utilizara la estructura societaria, casi con seguridad, sería tratado más severamente que el socio que ha tenido la precaución de resguardar la pluralidad, aún cuando sólo en el plano formal.

3. Otro argumento más para recomendar que se acepte el instituto que proponemos.

CC. Consideramos fundamental que se afirme que resultan aplicables las disposiciones correspondientes a los tipos societarios que en cada caso se adopte, en lo que resultare compatible.

DD. Nos parece que esta norma, que quizá a primera vista pueda parecer demasiado amplia, puede solucionar todos los problemas que en la práctica se presenten.

EE. Por otra parte, se evita enmarcar rígidamente a los magistrados, permitiéndoles juzgar con flexibilidad, ya que podrán adecuarse a las circunstancias de cada caso.

FF. Debería hacerse una salvedad con respecto a las actas «del órgano de gobierno» que necesariamente ha de estar constituido por una sola persona.

GG. Es cierto que no habrá «reuniones», pero las razones para dejar constancia de los motivos que han existido para la toma de resoluciones, siguen vigentes, aun cuando el componente sea unimembre.

HH. Salvo esta mención, nos parece, en general, los demás inconvenientes que planteara la remisión al régimen societario, podrían solucionarse aplicando principios analógicos.

II. En este caso, como ha sucedido en otras ocasiones, nos parece que resulta conveniente establecer un régimen general, que pueda ser enriquecido con el aporte de la jurisprudencia y de la doctrina.

JJ. Algunas normas serían lógicamente inaplicables, como por ejemplo las que regulan la impugnación de decisiones asamblearias por parte de determinados accionistas, aunque en algunos aspectos se aplicarían. (ej. legitimación de la autoridad de contralor y de los funcionarios).

KK. Ya que al instituirse una nueva persona jurídica (compuesta de un solo integrante), se crearía un patrimonio diferenciado, debería privilegiarse el interés de aquélla, frente al del componente que la misma encubre.

LL. Esta forma de legislar, tiene además la ventaja adicional de permitir que en cualquier momento se incorpore uno o más socios.

MM. Todo podría seguir, entonces, como si el componente siempre hubiera sido plural y se aprovecharía, sin complicación alguna, una empresa en marcha.

NN. Cuando el número de socios de una S.A. o de una S.R.L. se redujera, automáticamente podría regir este sistema. Esto, dicho sin perjuicio del derecho que le correspondería al socio recedente, excluido, o retirado de la sociedad, o a los herederos del socio fallecido, a que se reembolsara el valor de la parte societaria.

OO. Consideramos conveniente adicionar la sigla E.U. o la expresión “Empresa Unipersonal”, a la denominación societaria que corresponda al tipo.

1. Sería recomendable, simplemente para advertir a los terceros contratantes que están contratando con una persona jurídica unimembre.

2. Este requisito no generaría mayores complicaciones, porque no requeriría inscripción.

3. Cuando el componente pasara a ser plural, podría ser abandonado el aditamento referido, sin más trámite.

4. En consecuencia, para cumplir esta exigencia, no habría que realizar tramitaciones ante la autoridad de contralor, ni efectuar publicación alguna.

5. Se contrapesa este esquema que podría parecer de excesiva libertad, sancionando la violación de esta obligación de adicionar la sigla E.U., haciendo ilimitada y solidariamente responsable al representante que firmare, por los hipotéticos daños que pudieran generarse en relación a los actos que celebre en estas condiciones.