

## UNA CONCEPCIÓN EN CONTINUO CRECIMIENTO: LA SOCIEDAD COMERCIAL “CONSUMIDORA”. ¿ES ELLO CONCEBIBLE?

POR EMILIO F. MORO

### 1. *Una expansión indetenible*

Al calor de la muy significativa reforma que la Ley 26.631 ha provocado en el régimen primigenio de defensa del consumidor (Ley 24.240) y de las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales en boga, la categoría de “consumidor” se ha expandido con notable intensidad alcanzando a personas antes ajenas a esta problemática –como el sujeto “expuesto a una relación de consumo” (artículo 1, Ley 26.631)<sup>1</sup>– y que ahora comienzan a ser considerados como potenciales partícipes de una relación de consumo<sup>2</sup>. En esta senda, y aunque

<sup>1</sup> La inclusión del *bystander* (como se denomina en el Derecho anglosajón al sujeto expuesto a una relación de consumo) en el elenco de personas protegidas por el artículo 1 LDC, que ha traído la Ley 26.361 ha suscitado razonables críticas en torno a la posibilidad de una expansión incontrolada de la normativa protectoria y de una laxitud excesiva del concepto de “consumidor”, proponiéndose, en todo caso, una interpretación restrictiva sobre el particular (cfr. ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura; JUNIORS SHWOIHORT, Sergio. “¿Hasta dónde resulta conveniente extender el concepto de consumidor”, en *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y V Congreso Nacional de Derecho Civil*, Tomo 5, Córdoba, Advocatus, septiembre de 2009, p. 37).

<sup>2</sup> El actual artículo 1º de la LDC con su modificación de la Ley 26.361 ha quedado redactado de modo que es considerado consumidor o usuario “... toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (...) Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final,

pueda –*prima facie*– parecer extraño, viene abriéndose camino a pasos agigantados la postura jurisprudencial<sup>3</sup> y doctrinaria<sup>4</sup> que considera que “consumidores” pueden ser también las sociedades comerciales y, muy especialmente, aquellas que son el receptáculo característico de las pequeñas y medianas empresas: las SRL<sup>5</sup>.

La solución, muy lejos de agotarse en una cuestión exclusivamente teórica, es profusa en consecuencias prácticas. Poder argüir la condición de “consumidor” en una relación jurídica habilita un abanico de facultades legales en protección del *derecho personal* del acreedor que refuerza y potencia, con mucho, las “clásicas” que le asigna el Código Civil (especialmente, en su artículo 505). Entre otras muchas, la posibilidad de demandar solidariamente a todos los miem-

---

en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo”.

<sup>3</sup> Cfr. Cámara Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala II, 08 de julio de 2003, “TyC S.R.L. contra Fiat Auto S.A. sobre Daños y perjuicios”, citado en HERNÁNDEZ, Carlos A. “La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar”, en *RDPC*, 2009-1, p. 266, nota. N° 19; Cámara Civil y Comercial, Concepción, Tucumán, 10 de junio de 2003, “Demos S.R.L. contra Hyundai Motor Argentina S.A. y otro sobre Ordinario”, *DJ*, 2005-1, p. 1104; *LLNOA*, 2005 (abril), p. 542, con nota de Daniel Moeremans; *LLNOA*, 2004 (diciembre), p. 296; *DJ*, 2005-1, p. 245; C. N. Com., Sala A, 21 de noviembre de 2000, “Artemis Construcciones S.A. contra Diyón S.A. y otro”, *La Ley*, 2001-B, p. 839.

<sup>4</sup> Conforme GOZAINI, Osvaldo A. *Protección procesal del usuario y consumidor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 31; NICOLAU, Noemí L. *Fundamentos de Derecho Contractual. Teoría general del contrato. Parte especial. Impacto del régimen de consumo sobre la teoría general del contrato*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 428; HERNÁNDEZ, Carlos A.; FRUSTAGLI, Sandra A. “El reciente Código del Consumo italiano. Aportes para reflexionar sobre el Derecho del Consumidor en Argentina”, *La Ley*, 2006-B, p. 767; BERSTEN, Horacio L. *Derecho procesal del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 4; RUSCONI, Dante D. “La noción de ‘consumidor’ en la nueva Ley de Defensa del Consumidor”, *JA*, 2008-II, p. 1225 y siguientes.

<sup>5</sup> Asimismo, se ha puntualizado que al eliminar la Ley 26.361 el párrafo del artículo 2 de la LDC que establecía que “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de terceros”, se ha allanado el camino para incorporar a las sociedades comerciales –y, especialmente, a las SRL como forma de las PyMES– al concepto de “consumidor” (conforme BARBADO, Patricia B. “La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”, *RDPC*, 2009-1, p. 207).

bros del proceso productivo (artículo 40, LDC), la facultad de exigir el cumplimiento forzado de la obligación, aceptar otro producto equivalente o resolver el contrato (artículo 10, bis, LDC), de solicitar la aplicación de daños punitivos (artículo 52 bis, LDC), etc.

Como es claro, la hipótesis fáctica que se tiene en mente cuando se confiere carácter de “consumidor” a una sociedad comercial es la de una compañía que ha contratado con otra de mayores –o mucho mayores– dimensiones a fin de la adquisición de algún producto o mercadería y que se ha visto sujeta –en la dinámica de la contratación– a cláusulas predispuestas y abusivas, retaceo de información y el vastísimo etcétera de “vulnerabilidades” y desequilibrios que suelen observarse en las relaciones de consumo<sup>6</sup>. Esta situación de “inferioridad”<sup>7</sup> conduce, así entonces, casi automáticamente, a reputar aplicable el “microsistema”<sup>8</sup> del consumidor a las sociedades que han contratado bajo un escenario de ese tipo.

<sup>6</sup> Para un análisis del tópico en cuanto a la abusividad de ciertas cláusulas, conforme MULLER, Enrique C. “Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor”, *RDPC*, 2009-1, ps. 183/201.

<sup>7</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 95. “La aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor se discute en casos de pequeñas empresas, en las que hay vulnerabilidad especial. Éste es un criterio muy utilizado, toda vez que si en el caso hay empresas que consumen y no existe ninguna situación de inferioridad, no hay ninguna razón para plantearse la duda”.

<sup>8</sup> El posmoderno fenómeno de la descodificación ha desplegado su influencia erosionando, en su tradicional concepción, la estructura del sistema de Derecho privado patrimonial y dando paso a los llamados “microsistemas de derecho privado” (cfr. LORENZETTI, Ricardo L. *Las normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, p. 14). Por su intermedio, asimismo –y en lo que es uno de sus rasgos más característicos–, se ha creado un escenario de principios jurídicos en constante pugna y contraposición (cfr. NICOLAU, Noemí L. “Aproximación axiológica a los procesos de codificación, descodificación y unificación del Derecho Privado Argentino”, *ED*, Tomo 128, 1988, p. 753). Merced a este movimiento de descodificación, el esquema de los códigos decimonónicos, tan caro al ideario jurídico napoleónico y sus exegetas, ha dado lugar –cual los desprendimientos de un glaciario– a la *autonomización de segmentos del ordenamiento jurídico* antes regulados, casi en su integridad, o por el Código Civil o por el Código de Comercio (cfr. MOSSET ITURRASPE, Jorge. “Del ‘micro’ al ‘macro’ sistema y viceversa. El ‘diálogo de las fuentes”, *RDPC*, 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 9; “Transformaciones del Derecho Privado [constitucionalización, codificación, descodificación y remodelación]”, en *Edición Homenaje al Dr. Benjamín Pablo Piñon*, UNL-FCJS, Santa Fe, 2004, pág.

A elucidar si ello es concordante con las reglas y principios generales de nuestro ordenamiento jurídico se dirigen estas breves líneas.

## **2. La colisión con la “razón de ser” de la persona jurídica societaria**

### **2.1. La asignación de personalidad jurídica a los entes societarios**

La atribución de personalidad jurídica es un *resorte técnico*, un expediente de unificación de relaciones<sup>9</sup> que culmina en la emanación de un *centro de imputación diferenciado*<sup>10</sup>; un sujeto de derechos en los términos del artículo 30 del Código Civil<sup>11</sup>.

Atribuir personalidad jurídica a un determinado haz de relaciones de la realidad es una decisión legislativa que responde, inextricablemente, a la necesidad de tutelar, con ello, algún bien jurídico. Los municipios, las asociaciones, las fundaciones, las sociedades, no son entes de derecho diferenciados de sus miembros porque sí. La personalidad jurídica investida por toda persona humana se sustenta, en última instancia, en la proyección de su naturaleza misma; la que poseen las personas morales, en cambio, se explica por la funcionalidad intrínseca

---

202). Contr., sosteniendo que, en rigor de verdad, la legislación del consumidor reviste un *status*, no ya de “microsistema” sino de liso y llano “sistema”, equiparable –como tal– tanto al Código Civil como al Código de Comercio, cfr. JUNYENT BAS, Francisco; DEL CERRO, Candelaria. “Aspectos procesales en la ley de defensa del consumidor”, *La Ley*, diario del 14 de junio de 2010, p. 2.

<sup>9</sup> Cfr. RICHARD, Efraín; MUÑO, Orlando, *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 41.

<sup>10</sup> Cfr. PULIAFITO, Gladys J. “La personalidad societaria y el proyecto de reformas a la Ley de Sociedades”, *RDCO*, 1995-A, año 28, p. 262.

<sup>11</sup> Artículo 30, Código Civil: “Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones”.

que ellas revisten para la concreción de fines de bien común<sup>12</sup> e interés general<sup>13</sup>.

¿Cuál es entonces el substrato<sup>14</sup> de la persona jurídica? ¿Qué segmento de relaciones de la realidad merecen el armazón de la personalidad jurídica, y cuáles no?

<sup>12</sup> Las ventajas prácticas que conlleva la investidura de la personalidad jurídica son de diverso tipo, así también en el (aquí abordado) campo de las sociedades comerciales. A saber: a) desde la perspectiva de las obligaciones y responsabilidades de los socios, la personalidad jurídica de la sociedad evita tener que determinar caso por caso qué socios han participado en los actos de la sociedad, procediéndose a imputar los mismos al ente societario, en lo que supone –como es claro– averiguaciones de hecho mucho más simples; b) desde la óptica de la vida interna del emprendimiento, la personalidad jurídica permite una más sencilla distribución de las atribuciones y facultades de que gozan colectivamente los miembros de una sociedad y una más fluida y organizada distribución de las ganancias; c) desde el plano de los terceros que toman contacto (contractual o extracontractualmente) con la sociedad, la personalidad jurídica facilita enormemente su posición al verse ellos liberados de complejas investigaciones respecto de la representación que investirían quienes han llevado a cabo las actividades vinculantes; d) desde la óptica procesal, la subjetividad societaria cumple relevantes funciones en lo que hace a legitimación pasiva de la compañía toda vez que, por su intermedio, se evita tener que conducir juicios por obligaciones contraídas en el decurso de la actividad social contra una cantidad muchas veces elevada de socios –con el costo, insuperable, de averiguaciones, traslados, notificaciones y demás recaudos connaturales a un litisconsorcio pasivo–; e) por último, desde el prisma del bien común, la personalidad societaria permite una mayor agilidad en el tráfico mercantil (cfr. CABANELLAS de las CUEVAS, Guillermo, *Derecho societario. La personalidad jurídica societaria*, Tomo III, Heliasta, Buenos Aires, 1994, ps. 30/33). Sobre esto puede verse, asimismo, MACAGNO, Ariel. “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, *Revista de las Sociedades y los Concursos*, N° 23, julio/agosto de 2003, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 35.

<sup>13</sup> En tal valoración, como acertadamente se ha remarcado, una enorme gravitación está llamado a cumplir el precepto constitucional del artículo 14 de nuestra Carta Magna al referirse al *derecho de asociarse con fines útiles*. Este parámetro supone, ciertamente, una demarcación de la facultad estatal de conferir personalidad jurídica e impide, en consonancia, que esta tan importante determinación carezca –bajo el pretexto de necesidades de política legislativa– de todo límite y se ejerza de modo irrazonable (cfr. MONTI, José L. “Personalidad jurídica”, en *Análisis crítico de jurisprudencia, doctrina y estrategia societarias*, Tomo IV, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 28).

<sup>14</sup> Corresponde hablar –al momento de analizar los rasgos de esta porción de la realidad fáctica merecedora de personalidad jurídica– de un *elemento material subjetivo* (presencia de una o de varias personas) y de un *elemento material objetivo* (conjunto de bienes necesarios para llevar a cabo el fin común) (cfr. SAUX, Edgardo I. *Estudios de Derecho Civil en su parte general*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, ps. 85/96).

Para la *teoría de la ficción* toda decisión de conferir personalidad que no encuentra como sustento fáctico a la persona humana<sup>15</sup>, supone<sup>16</sup> –lisa y llanamente– un artificio, sólo explicable por necesidades de bien público e interés general<sup>17</sup>. La concesión de personalidad jurídica por parte del Estado aparece, así, revestida de *carácter constitutivo*<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> La construcción teórica de Savigny (principal representante de esta línea de pensamiento) supuso contraponer el concepto primitivo o natural de persona al concepto de Derecho positivo: según aquél, persona es siempre y exclusivamente el individuo humano, único ser dotado de personalidad por la naturaleza; según este otro, en cambio, pueden ser personas también seres creados artificialmente, con fines sólo jurídicos, lo que explica su inexorable carácter ficticio (cfr. ORGAZ, Alfredo. *Nuevos estudios de Derecho civil*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 226).

<sup>16</sup> Empleamos el tiempo verbal presente pues, contrariamente a lo que suele creerse, el contrapunto entre la teoría de la ficción y la teoría de la realidad se mantiene plenamente vigente en nuestros días.

<sup>17</sup> La teoría de la ficción ha sido criticada (tradicionalmente) desde el fundamento de que resulta arbitrario hacer depender de la autorización del Estado la existencia o desaparición de la persona jurídica, debiéndose, antes bien, hacer depender su nacimiento del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones que la ley determine, sin dejar el punto librado a la voluntad caprichosa del funcionario que desempeña la autoridad estatal (cfr. SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Tomo I, Tipográfica, 1954, Buenos Aires, p. 653). Asimismo, se ha observado que la teoría de la ficción no puede explicar satisfactoriamente la existencia del Estado, pues, si él también resulta ser un mero artificio, ¿cómo explicar que sea precisamente por su voluntad que nacen las personas jurídicas privadas (asociaciones, sociedades, etc.)? ¿De una ficción otras ficciones? (cfr. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil*, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 13). En verdad –y como bien se ha puntualizado– la crítica a Savigny en esta materia “es más ligera que profunda” pues cuando se emplea la palabra ficción no se alude al *abstractum* de las personas jurídicas, sea el Estado o las asociaciones particulares, sino a la circunstancia de que tales entidades, por muy reales que sean, son tratadas como si fuesen personas, con sus mismos atributos y caracteres (cfr. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 514). La ficción no es el ente personificado en sí –el *substrato*– sino la concesión de subjetividad –la *personificación*– que sobre aquél se cierne.

<sup>18</sup> Como es claro, desde la óptica de la teoría de la ficción son mucho menores los obstáculos de tipo dogmático que aparecen en el tren de admitir la sociedad unipersonal. La idea de que, en definitiva, todo se resume en una apreciación de política legislativa eminentemente variable torna menos problemático asumir la personalidad jurídica de un ente creado individualmente para actuar en el comercio. Y es que, si se parte de un concepto de persona contingente (y no absoluto), según el cual se acepta que la personalidad jurídica es, antes que nada, una invención del Derecho –una *factio iuris*– y se abandonan del todo las construcciones ‘antropomórficas’, nada impide ya entender que la atribución efectiva de esta cualidad dependa,

Para la *teoría realista*, por el contrario, ciertos conjuntos humanos se erigen –por su intrínseca aptitud– en verdaderas personas, de carácter colectivo (*realer gesammperson*), formadas por hombres reunidos y organizados bajo una existencia corporativa dirigida a la consecución de fines que trascienden la esfera de los intereses individuales<sup>19</sup>. El eventual reconocimiento de tal realidad por parte del Derecho positivo, asume así, exclusivo carácter *declarativo*<sup>20</sup>.

Como bien se ha advertido, lo irreconciliable de las conclusiones (antinómicas por definición) a las que arriban cada una de estas doctrinas no llega a eclipsar la circunstancia de que ambas partan de una misma premisa: *un concepto de persona en el Derecho que no dimana de una elaboración del Derecho mismo, sino que es un mero duplicado o repetición del concepto suministrado por ciencias no jurídicas, concretamente, por las ciencias naturales*<sup>21</sup>. Ello, además, ha sido el motivo central de la aparición de teorías que –allende las fronteras trazadas por la posición ficcionista y realista– buscan explicar el fenómeno de la personalidad desde un prisma netamente jurídico, desbrozado el análisis de factores extralegales distorsivos<sup>22</sup>.

---

en último término, de la potestad del legislador, y que, por lo tanto, la ley bien pueda disponer su utilización para autonomizar unidades empresarias (cfr. PIÑOLETA ALONSO, Luis Manuel. "La sociedad unipersonal en sí y en sus relaciones con el socio único", *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, Tomo IV, McGraw-Hill, Madrid, 2003, p. 3898).

<sup>19</sup> Cfr. RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

<sup>20</sup> Cfr. VIRAMONTE, Gustavo (h.). "El concepto de 'persona'", *RDCO*, n° 213, 2005, p. 102.

<sup>21</sup> Cfr. ORGAZ, Alfredo, *Nuevos estudios...*, p. 224.

<sup>22</sup> Se pasó con ello de concepciones *naturalistas* (que ponían el acento en el dato extrajurídico) a concepciones *normativistas*, que atribuyen al ordenamiento jurídico la facultad de definir el concepto de persona, "relegando el dato extrajurídico a mera causa-histórico social de la sanción de la norma y a elemento a considerar para su funcionamiento". (SUAREZ ANZORENA, Carlos. "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales", en ZALDÍVAR, Enrique y otros. *Cuadernos de Derecho societario*, Volumen I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 132). En tal decurso, rol primordial le cupo a Francesco Ferrara, jurista para quien la personalidad jurídica implicaba una construcción exclusivamente jurídica (sin necesaria apoyatura en ideas de "persona" derivadas de otras ciencias), en una doctrina que luego habría de inspirar las elucubraciones de Ascarelli y Kelsen sobre el tema. Para un análisis de la repercusión de esa doctrina en la dinámica de las sociedades mercantiles, cfr. MARSILI, María C. "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Estado de la cuestión y prospectiva en la Argentina", *RDCO*, año 35, 2002, p. 59.

Ahora bien (y volvemos al interrogante inicialmente esbozado), ¿qué es lo que “late” detrás de las sociedades que hace justificable la concesión de personalidad jurídica? La *empresa*<sup>23</sup>, entendida como *organización*<sup>24</sup> de factores de producción

<sup>23</sup> Estamos convencidos de que ése y no la plurisubjetividad es el dato empírico que justifica y ha justificado, en mayor medida, la concesión de personalidad jurídica a las sociedades mercantiles. La inicial consideración de la asociación de capitales como *elemento característico y único del substrato de la subjetividad empresaria* supone un esquema de política legislativa variable según las necesidades de los tiempos. La locución “sociedad” ha llevado a pensar (inconscientemente) en la imposibilidad de concebir a un solo sujeto detrás de la estructura. Y si en vez de “sociedad” hubiesen empleado las legislaciones decimonónicas la expresión “compañía” o “empresa”, ¿sería igual de virulento el rechazo a la unipersonalidad organizativa? En definitiva, pensamos que, siendo la empresa el factor subyacente que late detrás de la vestimenta corporativa, es él el que legitima (en el fondo) la subjetividad diferenciada de las mismas. *La plurilateralidad, si bien elemento connatural a la persona societaria, no reviste (en nuestro concepto) la misma gravitación que aquella (la empresa) al momento de acordarse la personalidad jurídica.* Nuestra propuesta de concebir para nuestro sistema de derecho privado una nueva persona jurídica (cfr. MORO, Emilio F. *La sociedad de capital unipersonal, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 2006, p. 281) se encolumna bajo estas ideas. La *empresa* sería el dato subyacente y subsistente que permite la personificación en la actuación negocial del ente; la *plurisubjetividad*, el dato omitido que impide hablar de “sociedad”.

<sup>24</sup> El estudio de la noción de “empresa”, como resulta conocido, es y ha sido un tema espinoso. Su carácter de fenómeno socio-económico donde confluyen, por un lado, un conjunto de personas que desarrollan una actividad desembocada en una finalidad común y, por otro, un conjunto de bienes, cosas, servicios y elementos de valor económico adscritos a tal finalidad, ha culminado en las más diversas teorías (cfr. MARTÍN REYES, María de los Ángeles. *El usufructo de empresa*, Aranzadi, Madrid, 1999, p. 22). Por hallarse constituida por elementos de toda heterogeneidad, la técnica jurídica no ha podido dominar este fenómeno ni, menos aún, ha podido conferirle una normativa completa y unitaria, circunstancia que —como no puede ser de otro modo— ha culminado en que diversas disciplinas jurídicas (derecho mercantil, tributario, laboral, etc.) manejen, cada una, un concepto propio de empresa (cfr. MARTORELL, Ernesto E. *La transferencia de la empresa: problemática laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 5). La naturaleza jurídica de la empresa, así las cosas, se ha deslizado sobre las siguientes teorías: sujeto autónomo de derechos (Endemann), patrimonio de afectación, ente inmaterial sustentado en la organización o en la actividad (Wiedeland), universalidad de hecho (Halperín), universalidad de derecho, universalidad institucional (Zaldívar), etc. Por nuestra parte, pensamos que siendo la empresa una universalidad de hecho, ella supone una organización unitaria para el ejercicio de una actividad económica, en cuyo seno se agrupan diferentes personas (capitalistas, directivos y dependientes) y que se vale de un determinado fondo de explotación (numerario, inmuebles, mercaderías, intangibles,



materiales e inmateriales dirigida a la producción de bienes y servicios<sup>25</sup>. Y siendo incontrovertible que este elemento (la empresa) *puede hallarse incardinado a la gestión de una sola persona o a la gestión de una pluralidad*, es claro que la concesión de personalidad a los emprendimientos individuales no quiebra, en rigor, la *ratio legis* del sistema<sup>26</sup>. En otras palabras: si la sociedad resulta ser –según pensamos– la forma jurídica del *empresario*<sup>27</sup> y si la *empresa* es la organización por éste administrada, es evidente que ella puede encontrarse gestionada por una persona física o por una persona colectiva. Es ello, en definitiva, lo que interesa al sistema. No tanto la pluralidad, sí el dato subyacente

etc.) para el logro de sus fines propios (cfr. ZALDÍVAR, Enrique y otros, *Cuadernos...*, volumen I, p. 59).

<sup>25</sup> Es de hacer notar que la única definición de “empresa” que recepta el ordenamiento patrio se encuentra en la legislación laboral, es decir, lejos del orbe del derecho privado patrimonial (lo cual denota, a las claras, el perfil poliédrico del instituto). Así, el artículo 5 de la Ley 20.744, señala que “A los fines de esta ley, se entiende como ‘empresa’ a la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos”.

<sup>26</sup> Esta construcción, *que confiere mayor incidencia al dato extra jurídico de la empresa que al de la asociación de capitales* no es –ni ha sido– el pensamiento tradicional de la doctrina. Entronizando a este último rasgo como *abstractum* basilar que motiva la subjetividad diferenciada, se ha explicado: “El derecho, instrumento de política, es una creación cultural del hombre, único sujeto social, y está destinado a servirle. Ya hemos visto que la filosofía humanista liberal sienta el principio de la igualdad jurídica del hombre en tanto tal, reconociendo a todos, sin distinción, como personas. Pero, además, posibilita su *asociación con fines lícitos*, medio por el cual le brinda un modo satisfactorio de perseguir sus fines y fundamento extra jurídico de la relación jurídica societaria que el capitalismo constituye en marco jurídico habitual de la empresa moderna, con lo que empuja hacia el reconocimiento de la personalidad del ente societario. Es el *recurso técnico instrumental* que permite a la pluralidad de socios actuar como unidad en el mundo jurídico y, a través de la actividad de la persona societaria y del mecanismo interno de participación en utilidades y pérdidas, obrar a los efectos del fin común que los motiva y los lleva a la anudación del vínculo social” (SUÁREZ ANZORENA, Carlos. “La personalidad...”, p. 133). Nosotros pensamos, por el contrario, que el elemento fáctico que mayormente incide en el legislador al conferir subjetividad diferenciada a las sociedades es la existencia de la empresa y la necesidad de darle ropaje jurídico. *La plurisubjetividad, si bien connatural a la persona societaria, es un dato contingente al que el ordenamiento no tiene porqué aferrarse indefinidamente.*

<sup>27</sup> Cfr. RICHARD, Efraín H.; MUIÑO, Orlando N. *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 46.

de la empresa<sup>28</sup> y él –no caben dudas– existe igualmente en la unipersonalidad<sup>29</sup> 30.

## **2.2. La imposibilidad de armonizar “acto de consumo” con la finalidad propia y por la cual el ordenamiento jurídico confiere subjetividad diferencia a las sociedades comerciales**

Entendemos, a tono con lo que venimos de señalar, que *no es posible considerar que una SRL pueda ser “consumidora”*.<sup>31</sup> Es inconcebible una sociedad mercantil –a salvo el asistemático supuesto de las asociaciones bajo forma de sociedad del artículo 3 LSC<sup>32</sup>– cuya actividad (sea cual fuere su objeto) no esté en-

<sup>28</sup> Contr. CABANELLAS de las CUEVAS, Guillermo. “¡Otra vez sopa! La pluralidad de socios como requisito esencial del contrato de sociedad”, *JA-Lexis-Nexis*, 2005-III, 13 de julio de 2005, p. 3.

<sup>29</sup> Ello no necesariamente conduce a la necesidad de dar carta de ciudadanía a la sociedad unimembre. Antes bien, parece preferible explorar –al modo chileno (EIRL) o colombiano (EURL)– la alternativa de una persona jurídica autónoma y con regulación específica.

<sup>30</sup> Es insoslayable, a estas alturas, diferenciar los conceptos de *sociedad*, *empresa* y *fondo de comercio*. La primera es –según la tesis que adoptamos– la forma jurídica del empresario, siendo ella entonces, indefectiblemente, *sujeto de derecho*; la empresa, en cambio, no tiene personalidad jurídica, es una *universalidad jurídica*, como tal, potencial *objeto* de negocios jurídicos. Por último, el fondo de comercio (o hacienda mercantil) se diferencia de la empresa en el hecho de que el conglomerado de bienes que aquél supone (instalaciones, nombre comercial, marcas, clientela, patentes, etc.) *no se encuentra englobado bajo una unidad o conjunto homogéneo*, como si ocurre en la empresa (cfr. ZALDÍVAR, Enrique y otros. *Cuadernos...*, volumen I, p. 63).

<sup>31</sup> En este sentido, RINESSI, Antonio J. *Relación de consumo y derechos del consumidor*, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 49.

<sup>32</sup> Este criterio legislativo que vino a receptor el artículo 3 LSC nos parece imposible de compatibilizar con el régimen de la Ley de Sociedades Comerciales y sus directrices básicas. Ciertamente, no hay manera alguna de justificar que una estructura jurídica como la de la sociedad comercial sirva de vehículo para actividades ajenas a lo mercantil. La exigencia de la pluralidad de socios, en cambio, bien podría ser suprimida en una futura reforma legal pues, a salvo las dificultades vinculadas a cuestiones terminológicas y de compatibilidad con el articulado actual de la Ley de Sociedades Comerciales, no habría mayores inconvenientes para que una estructura unipersonal sirva de molde a una actividad comercial, como lo son, por citar sólo dos casos, la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada en Chile o la Empresa Unipersonal de Responsabilidad Limitada en Colombia. Muy por el contrario, la mera concepción de una sociedad comercial sin hacienda empresarial subyacente es un absurdo de dimensiones mayúsculas, más allá de su plasmación normativa en el actual artículo 3 LSC. La IGJ, en re-

marcada en la “producción e intercambio de bienes y servicios” (artículo 1° LSC) en el mercado. Es éste uno de sus *elementos específicos* (“el fin económico” o de “vocación de titularidad de una hacienda mercantil”, como se lo ha denominado<sup>33</sup>) y *su falta*

solución recaída en “San Isidro Golf Club” del 26 de enero de 2005 (cfr. *ED*, Tomo 211, p. 402 y siguientes), expresó –con argumentos que compartimos plenamente– que “La figura prevista en el artículo 3 de la Ley 19.550 padece de una *fuerte asistematicidad*, en tanto resulta *conceptualmente incompatible con el campo delimitativo que para la materia societaria mercantil determina el artículo 1° del ordenamiento legal societario*. No se desconoce que, conforme lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Ley 19.550, la inclusión de la original solución del artículo 3 de dicha normativa respondió a la necesidad de solucionar el problema que se planteó, antes de la vigencia de la Ley 19.550, con determinadas entidades civiles, en especial clubes de campo, que habían obtenido autorización de la Inspección General de Justicia para constituirse como sociedades, pero en la cual sus socios carecían de toda finalidad de lucro, pero lo cierto es que, transcurridos más de 30 años de la sanción de dicho ordenamiento legal, el artículo 3 de la Ley 19.550 sólo ha aportado confusión al problema organizacional de ciertas entidades y nunca ha sido herramienta adecuada para la solución de los problemas que presentan los clubes de campo, ámbito donde la figura ha sido utilizada casi con exclusividad. *Resulta imposible compatibilizar las sociedades comerciales con las asociaciones civiles pues ellas sólo tienen en común su carácter de contrato asociativo o contrato plurilateral de organización*. Pero allí termina toda semejanza, en tanto la causa final de una y otra figura es sustancialmente diferente y, por lo tanto, incompatible. Basta reparar en las diferencias que presentan las sociedades con las asociaciones –causa final y objeto, régimen de aportes, destino del patrimonio social en caso de disolución y formación de la voluntad social– para comprender, con suma facilidad, los motivos por los cuales *ha fracasado la utilización de la forma societaria para vestir a una asociación civil, a punto tal que la jurisprudencia de nuestros tribunales comerciales ha debido apartarse de ciertos criterios uniformes en torno a determinados institutos previstos en la Ley de Sociedades Comerciales (forma de computar el voto abstenido en el régimen de mayorías en las sociedades anónimas), cuando se trata de una asociación civil bajo forma de sociedad*” (la *bastardilla* es nuestra). Para análisis de perspectivas jurisprudenciales que ponen de relieve este desfase entre la forma societaria y la dinámica propia de las asociaciones civiles bajo aquella organizadas, cfr. C. N. Com., Sala B, 29 de mayo de 1996, “Arce Hugo contra Los Lagartos Country Club S.A. sobre sumario” (*JA*, 1996-II, n.º. 5587) y C. N. Com., Sala D, 30 de junio de 1999, “Castro, Francisco contra Alto de Los Polvorines S.A. sobre sumario” (*Revista de las Sociedades y los Concursos*, N° 1, noviembre/diciembre, 1999, Ad-Hoc, ps. 111/127). Subrayando esta incompatibilidad puede verse, asimismo, FILIPPI, Laura. “La discriminación al acceso de los clubes de campo desde la óptica de un ejemplar fallo”, en *Revista de las Sociedades y los Concursos*, N° 2, enero/febrero, 2000, Ad-Hoc, ps. 37/48.

<sup>33</sup> Cfr. BUTTY, Enrique. “Inoponibilidad” en *Derecho Societario y de la Empresa*, Tomo II, Córdoba, 1992, p. 643. “La actividad económica que supone la dedicación por la sociedad a la ‘producción e intercambio de bienes y servicios’ es, asimismo, presupuesto imprescindible para que aquella pueda gozar de

*hace que sea imposible hablar de "sociedad comercial" del mismo modo que ocurre si no hay pluralidad de socios, tipicidad o aportación común.* Si ello es así, ¿cómo es posible decir que la sociedad sea parte de una relación de consumo cuando actué "fuera de su actividad profesional, alejada de su objeto social o giro comercial específico"<sup>34</sup> si ello, por definición, es imposible<sup>35</sup>?

Catalogar a esta situación como una relación de consumo supone circunscribirse al costado *subjetivo* del fenómeno (vulnerabilidad del contratante frente al proveedor) dejando de lado su faceta *objetiva* (adquisición o utilización de bienes o servicios con destino final cerrando el círculo producción-consumo) cuya concurrencia es igualmente necesaria para hablar, válidamente, de "consumidor"<sup>36</sup>. *Es esto último, no lo primero (la vulnerabilidad), lo que es jurídicamente inconcebible en materia de sociedades comerciales.*

Ninguna duda cabe acerca de la improcedencia de esta posición si pensamos que el objeto social delimita la capacidad

---

pacíficamente de su personalidad jurídica, en la medida que el desarrollo de dicha actividad contribuye a la existencia del fin societario a que alude, a contrario, el artículo 54 *in fine* LSC, como presupuesto para que la sociedad conserve el carácter de sujeto de derecho" (NISSEN, Ricardo A. *Ley de sociedades comerciales*, Tomo 2, Ábaco, Buenos Aires, 1997, p. 48).

<sup>34</sup> HÉRNÁNDEZ, Carlos A. "La noción de consumidor...", p. 267.

<sup>35</sup> Imposible, por supuesto, entiéndase bien, desde un punto de vista jurídico; es decir, desde la perspectiva de la ponderación que el ordenamiento normativo hace de esa conducta. Nada impide, claro está, que una sociedad adquiera un rodado de una concesionaria para su uso ordinario siendo que ello, en apariencia, evidencie una adquisición para destino final. Éstos, de hecho, han sido los casos típicos en los que se ha considerado aplicable la normativa de la LDC ante defectos en el vehículo adquirido. Pero ocurre que ese acto –que se señala supuestamente ajeno al "giro comercial" de la compañía– es, jurídicamente, un acto de comercio (artículo 8, inciso 6, Código de Comercio) y se encuadra dentro del "alcance" que la Ley de Sociedades Comerciales confiere a las sociedades comerciales al momento de asignarles personalidad jurídica (artículo 2 LSC) y que requiere, entre otras cosas, que necesariamente se desarrolle una actividad de producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado.

<sup>36</sup> Cfr. GOZAINI, Alfredo A. *Protección...* ps. 18 y 19. La sola situación de vulnerabilidad o inferioridad contractual –que sin dudas es observable en las vinculaciones entre sociedades– no puede conducir, por sí sola, a la aplicación de la LDC toda vez que "si el criterio subjetivo es el mejor para la elección terminológica de la nueva disciplina (Derecho del consumidor), no lo es para definirla, porque *podría llevar a creer que el consumidor está protegido en todas sus relaciones*; cuando en realidad la tutela especial sólo le es facilitada en razón de y en la relación jurídica de consumo" (*Idem*, p. 19).

de la sociedad<sup>37</sup>. Es claro, *si esto fuera así la sociedad estaría rebasando su objeto al celebrar el supuesto "acto de consumo" y todo ello estaría fuera de su capacidad jurídica.*

Empero, *obsérvese que a igual conclusión se arriba aún cuando no se adhiera a la idea de que el objeto social demarca la capacidad del ente.* Y es que, sea esto o no así, lo que no resiste el análisis es que la actuación en la vida jurídica de una sociedad comercial pueda concretarse en actos ajenos a la producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado. *Directa o indirectamente<sup>38</sup> todo está enderezado a este norte.* Decir lo contrario es tanto como decir que puede haber una sociedad comercial sin empresa subyacente cuando –como ya lo hemos dicho y lo diremos hasta el hartazgo– aquella es su forma o molde jurídico.

Tan sólo sería concebible esta situación, así entonces, para el asistemático y totalmente incongruente supuesto del artículo 3 LSC, de asociaciones civiles que se constituyen bajo forma de sociedad (más allá de que, cuando esto ocurre, no suele ser la estructura de la SRL la escogida a ese fin) y, por supuesto, la situación del empresario-persona física que no se vale de una estructura jurídica diferenciada para desplegar su actividad negocial.

<sup>37</sup> El tema, como es sabido, es profundamente debatido en nuestro Derecho en atención a que –para decirlo en breves palabras– mientras alguna doctrina propugna la aplicación del *principio de especialidad* del artículo 35 del Código Civil también al orbe de las sociedades mercantiles afirmando la delimitación de la capacidad del ente en función del objeto social (cfr. VILLEGAS, Carlos G. *Derecho de las sociedades comerciales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 71), otro sector sostiene la existencia de reglas específicas en la Ley de Sociedades Comerciales que exceptúan dicho precepto –v. gr., representante de la sociedad que obliga al ente por todo acto que *no sea notoriamente extraño al objeto social* (artículo 58, LSC), pervivencia de capacidad para el trámite liquidatorio una vez producida la disolución (artículo 100, LSC), etc.– y que demuestran la consistencia de la solución opuesta (cfr. ZALDIVAR, Enrique y otros, *Cuadernos...*, volumen I, ps. 266/267). Para ahondar en este punto, cfr. OTAEGUI, Julio C. "Objeto social, capacidad societaria y falencia", *La Ley*, 2006-E, p. 541 y siguientes; LLBA, 2006, 1279 y siguientes.

<sup>38</sup> Algunos autores aluden, para describir la mayor o menor cercanía de la operación celebrada por la sociedad con la noción de acto de consumo, a las siguientes hipótesis: a) Integración inmediata y total en el proceso productivo; b) Integración mediata (v. gr., compra de insumos); c) Integración parcial (adquisición de un bien que se incorpora al proceso productivo en forma parcial, empleándose también para otras finalidades); d) No integración al proceso productivo (cfr. LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, ps. 93/95). La construcción es interesante pero no alcanza a conmovir nuestra opinión sobre el particular.

### **3. Una elasticidad interpretativa que prima facie puede parecer justa pero no lo es**

Desde la perspectiva de la disparidad de fuerzas en la contratación es incontestable que asignar el carácter de “consumidor” a la sociedad en situación de “vulnerabilidad” pareciera ser la solución más justa. Sin embargo, a poco que se observa bien la cuestión ello no es tan así. En primer lugar, porque decidir acometer un emprendimiento bajo una estructura societaria más o menos “sofisticada” con el aditamento de la limitación de responsabilidad –cual acontece con la SRL y la sociedad anónima–, en vez de hacerlo bajo formas contractuales o bajo formas societarias más “rudimentarias” (v. gr., sociedad de hecho) no puede ser un dato intrascendente. O idénticamente si la actividad se realiza en forma individual sin personalidad jurídica diferenciada.

Más allá de las barreras jurídicas y conceptuales que ya hemos analizado y que impiden conferir carácter de “consumidor” a una sociedad mercantil también es cierto que –desde el plano axiológico– hay una cierta dosis de justicia en asignar consecuencias legales diversas a quienes –en pleno uso de su libertad– han optado por alternativas de organización empresariales diversas. En un caso (sociedades de capital) no existe la posibilidad de hacerse de los beneficios sustanciales y procesales derivados de la condición de “consumidor”, mientras que en otros (v. gr., agrupamiento contractual, actuación a título personal sin subjetividad diferenciada, etc.) ello, obviamente, es perfectamente posible.