

RESPONSABILIDAD DEL GERENTE DE LA S.R.L. POR DENEGATORIA EN SUSCRIBIR CAPITAL AL MENOR

Tomas Ise Figueroa

Sumario: I- Introducción. II- Participación del menor en emprendimientos comerciales. III- Tipos sociales permitidos al menor. IV- Reintegro o aumento de capital. V- Permisibilidad del afianzamiento a terceros. VI- Preservación de los bienes del menor. VII- Responsabilidad personal del gerente/s de la S.R.L.. VIII- CONCLUSIÓN.

I- Introducción:

El criterio sentado por la Cámara en lo Comercial de la Capital Federal Sala» D» que sustenta el fallo dictado en la causa: Abrecht , Pablo A. y Otra c/ Casique Campin S.A. s/ Sumario¹ tiene, sin duda alguna, gran repercusión en el derecho patrimonial en lo relativo al régimen de administración de bienes de los menores. Me exime de mayores consideraciones sobre dicho fallo el brillante y sólido comentario que le dedica el Dr. Mario Rafael Manovil, que interpreta cabalmente la profundidad del meduloso fallo de los Señores Camaristas actuantes².

El establecimiento comercial no solo está compuesto por elementos objetivos sino también por intrasubjetivos o factores personales que como tales no son transmisibles, por ejemplo la simpatía, el buen trato del comerciante, la amabilidad, elementos todos que en casos de transferencias entre vivos, pueden ser objeto de negociación comercial³. Desde los orígenes de la humanidad ha existido el «mercadeo» al que la ciencia le ha reconocido la jerarquía de «arte»; en ésta última década, la comercialización ha despertado interés de estudio profundizado en gabinetes universitarios a grado tal que está incorporada en casi todos los programas de estudio la materia «marketing o estrategia en negociación» etc.

Esto implica que el comerciante debe estar permanentemente atento a los cambios estratégicos de comercialización, con el dinamismo propio que el ritmo tecnológico imprime. Por otra parte, de un modo u otro, el rendimiento de los activos que posee una persona está vinculado, ya sea directa o indirectamente con el sistema asociativo creados en éstos tiempos.

Desde la Compañías de las Indias de los siglos XVI, pasando por el Tratado de Asunción de marzo de 1991 y -ratificado en Ouro Preto en diciembre de 1994- hasta los mecanismos propuestos en los «fondos comunes de inversión»⁴ constituyen, todos ellos, instrumentos que incentiva el mecanismo asociativo de capitales particulares.

¹ Cámara en lo Comercial de la Capital Federal, Sala "C", de fecha 1 de marzo de 1996

² Ver comentario del fallo de Rafael Mariano Manovil en E.D., t. 168, p. 545.

³ Rotondi, Mario en "El aviamiento de la teoría general del fondo de comercio" L.L. 51-1127. En el caso de transmisión de herencias, donaciones o demás actos que se transmita al menor y estén bajo la administración de éste, el elemento subjetivo se encuentra totalmente ausente.

⁴ Paolantonio, Martín en "Fondos común de inversión", p. 4; Resolución 2734/93, publicada en el B.O. del 11-1-94 y 290/97 de la Comisión Nacional de Valores, están publicadas las normas que reglamenten la actividad.

Durante la vida societaria, las actividades y movimientos empresarios son frecuentemente producto de decisiones repentinas y ágiles a la que deben estar sometidos los socios, por ejemplo, en hipótesis de reintegro o suscripción de capital. En tales casos, el menor tiene que seguir las decisiones de la mayoría, por tener participación social minoritaria. Al respecto, el legislador es suficientemente claro en la redacción del artículo 28 de la L.S. al exigir la aprobación judicial del contrato constitutivo, pero que respuesta se debe acordar cuando de «sociedad de responsabilidad limitada» se trata, en oportunidad de decidir rápidamente por la suscripción de nuevo capital para mantener la misma participación social o simplemente dejar relegado el menor proporcionalmente por el incremento del resto de los socios⁵.

Cuando digo que el fallo Casique Cmping S.A. tiene repercusión directa en el régimen de administración del menor, me refiero a que la tendencia jurisprudencial impulsó en reiteradas oportunidades la «convalidación de decisiones asamblearias» remarcando la herramienta del derecho de «receso» que le acuerda la ley a los titulares de acciones para negociar el no incremento de capital. Ello implica que el administrador debe optar dentro de los tiempos establecidos en la ley 19.550, entre incrementar el capital social asumiendo solidariamente con el resto de los socios los aportes por ellos comprometidos, o directamente resignar el retroceso porcentual de participación. Adelanto que, a mi juicio, ésta decisión es por naturaleza propia un acto de «administración y no de «disposición» del tutor o administrador, para lo que no requiere autorización judicial, conforme lo desarrollaremos más adelante.

II- Participación del menor en emprendimientos comerciales.

Permítaseme remarcar que el caso bajo análisis consiste en la facultad del administrador de suscribir aportes sociales o receder la participación societaria que tuviere el menor en una sociedad de responsabilidad limitada.

Al respecto la doctrina italiana⁶ sostiene que en las decisiones del administrador se debe atender a la naturaleza de los bienes y al destino de los mismos para analizar el alcance de la capacidad de las decisiones.

Bajo dicha óptica debemos analizar la protección que la ley acuerda a los bienes del menor hasta que alcanzare la mayoría de edad.

Entre las disposiciones del artículo 443 del Código Civil, el inciso 12 trata la obligatoriedad de autorización judicial para que el tutor continuare o cesare con el establecimiento comercial o industrial que el menor hubiere heredado.

La letra de la redacción del artículo citado hace más evidente que el codificador trata sólo la hipótesis de emprendimiento unilateral al referirse a “establecimiento

⁵ Garrigues, en *Curso de Derecho Mercantil*, t. I., p., 412 dice: *El momento mas delicado de la vida de una sociedad es el de su fundación, porque en él se cruzan múltiples intereses de socios y de acreedores y en general de personas que han de quedar sometidas luego a las consecuencias de su acto fundacional en el que no intervinieron.* En supuestos de que el menor no iniciara el emprendimiento asociativo sino que se introdujera a posteriori, debe someterse al tipo societario adoptado por los socios fundacionales, por lo tanto no está sujeto a aprobación judicial y debe convivir bajo el sistema de tal régimen.

⁶ Brevetta, G. Mandato (*negozio quirídico*) en enciclopedia del Diritto, t. XXV, p. 362, ed. Giuffré, Varese,

industrial”, sin que alcance a sociedades en donde el menor sólo tuviera participaciones sociales, ya que debería atenerse a las cláusulas contractuales que rigen la vida societaria.

Cosa distinta se disputa en el ámbito del derecho societario, en donde la personalidad de los socios se distingue de la “sociedad”, la que debe regirse por el “contrato constitutivo” y supletoriamente la ley que rige la materia

III. Tipos sociales permitidos al menor

Con respecto a la participación societaria del menor, en la doctrina se presentan tres corrientes diferentes: (i) en la más rígida se enrolan Anaya, J. L. y Podetti H.A. (en Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados, 1965, t. I, p. 373) quienes sostienen que les está prohibido a los tutores y curadores iniciar una empresa comercial en nombre y representación del incapaz⁷; (ii) otra corriente en la que se encuentra Borda, (Contratos, 1962, t. II, p. 215, n° 2008) y Malagarriga C. (en Tratado elemental de derecho comercial, 1963, t. I., p. 365 n° 43) sostienen que los tutores y curadores sí pueden constituir sociedades comerciales en representación de los menores, pero con el cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley que son: a-) aprobación del contrato constitutivo, y deberíamos agregar el reglamento interno si lo hubiere y b) sociedades por acción, a los efectos de «limitar la responsabilidad» patrimonial que se expone a los bienes del menor. Se interpreta que esta permisibilidad obedece a que esta expresamente autorizada por el artículo 446 y c.c. del Código Civil. Las dos condiciones, son razonables, pero la primera frecuentemente no se condice con la realidad debido a que los tiempos judiciales son totalmente diferentes a los tiempos comercial o negocial, tema que no nos convoca en éste comentario por lo que me circunscribiré solo a la participación societaria del menor.

Ahora bien, los tipos sociales permitido en el artículo 28 de la ley 19.550 limitan a las sociedades «por acción», con el sano criterio de no comprometer la solidaridad de los socios por los negocios sociales.

Queda claro que la autorización previa del Juez de Menores para la suscripción del contrato constitutivo y la limitación de que solo fueran sociedades por acción, excluye a la « Sociedad de Responsabilidad Limitada» debido a que por disposición del artículo 150 de la ley 19.550⁸ los socios garantizan solidariamente entre sí la integración de los aportes asumidos con la sociedad frente a terceros. Esto es lisa y llanamente afianzar a terceros que son los socios del menor, acto jurídico en principio prohibido por el artículo 134 inc. 3° del Código Civil. Por esta razón no cabe dudas que el menor no puede celebrar contrato constitutivo de sociedad comercial del tipo « de sociedad de responsabilidad limitada».

El criterio cambia totalmente en el supuesto de que el menor tuviera participaciones sociales en «sociedad de responsabilidad limitada», en donde cabe la apli-

1975.

⁷ En las sociedades por acción solo son responsables ilimitadamente los “fundadores” de la sociedad, conforme lo establece el artículo 182 de la ley 19.550 para los fundadores, tesis respaldada por Halperín, en *Curso de derecho Comercial*, 1971, p. 228.

cación de sometimiento a la decisión de las mayorías, principio este respetado por el codificador en los artículos 439⁹, 444 y 447¹⁰ del Código Civil para el régimen de administración de los bienes del menor.

IV- Reintegro o aumento de capital:

Ambos supuestos implican que los socios comprometen aportes a la sociedad y como tales se rigen por lo previsto en el artículo 150 de la ley 19.550, es decir, solidaridad entre los socios frente a terceros por los aportes comprometidos.

Quien más se acerca a la afectación de los bienes del menor por fianza a favor de terceros es Guastavino¹¹: sostiene que en supuestos de herencia de participaciones sociales pendientes de aportes, el heredero mantiene la responsabilidad del «cedente» sólo con los bienes recibidos en herencia por aplicación del artículo 3.363 del Código Civil, en virtud de que el heredero continúa a la persona del causante y es este último quien escogió el tipo social con responsabilidad solidaria de los socios.

Sin duda alguna, el supuesto analizado por el Profesor Guastavino mantiene encuadre jurídico en los tipos sociales de responsabilidad solidaria (Sociedad Comandita por Acción, etc.), pero lejos estamos de la hipótesis en que la mayoría social de la S.R.L. - en donde el menor ostenta cuotas sociales- decide aumentar el capital social o reintegrarlo.

Continuando con nuestra propuesta, pareciera que el menor que tiene participación social en una S.R.L. en donde la mayoría de los socios deciden aumentar el capital o reintegrarlo, sí requiere la autorización judicial a que se refiere el artículo 134 inc. 3º del Código Civil, por el sólo hecho de afianzar frente a terceros los compromisos de aporte comprometido por el resto de los socios; empero, a mi criterio, este supuesto no alcanza a las S.R.L. ya constituida en donde la mayoría social decide reintegrar el capital o incrementarlo a los efectos de cumplir los fines sociales.

En efecto, nos encontramos frente a una situación con las siguientes características: (i) que es un aporte en una sociedad ya constituida, (ii) que el administrador debe decidir rápidamente la rentabilidad del capital a aportar, (iii) necesidad o no de aportar para mantener la posición de fuerza en la sociedad la que a su vez le permite sostener la valuación de las cuotas ya integradas y mejorar el posicionamiento de fuerzas que redundan en valorización de la porción social del menor, etc. y (iv) que el afianzamiento de los socios está limitado al capital comprometido a integrar por los socios, situación esta excluida del artículo 28 de la L.S.

⁸ Los socios garantizan solidaria e ilimitadamente a los terceros la integración de los aportes.

⁹ No hará falta autorización alguna del juez,..... o por exigencia del copropietario de bienes indivisos de los pupilos,+

¹⁰ En este artículo se plasma con claridad el sometimiento de las reglas societarias en lo que respecta a la administración de participaciones sociales del menor en sociedades comerciales.

¹¹ Guastavino, E.P., en *Cuestiones sucesorias en las leyes 19.550 y 19.551 de sociedades y concursos, L.L., t. 1947, p. 1064*) sostiene que la autorización judicial previa para que el menor participara en la sociedad se trata únicamente para el supuesto de “constitución de una nueva sociedad”; en cuanto a los participaciones sociales que integre el patrimonio recibido en herencia encuentra limitación de

V- Permisibilidad del afianzamiento a terceros.

El principio de no afianzamiento a terceros con los bienes del menor recibido en herencia, donación o legado cede en el supuesto de participaciones sociales en «sociedad de responsabilidad limitada», situación ésta que como bien lo señala el artículo 439, 444 y c.c. del Código Civil, se debe atener al régimen contractual y de mayorías normado en la ley 19.550.

Ante la decisión mayoritaria de los socios del menor en la sociedad de responsabilidad limitada preexistente al momento de recibir la porción social, que por mayoría se decide reintegrar o incrementar el aporte social, al menor le quedan dos caminos a seguir de manera inminente; (i) suscribir cuotas sociales para no retroceder su participación social o (ii) ejercer el derecho de receso y no participar en el reintegro o incremento de capital.

Zaldivar E. y Otros¹² sostienen: «el interés de los socios es el interés concurrente de todos los socios considerado en forma objetiva en base a la finalidad común que persigue un socio al formar la sociedad, con prescindencia de los factores subjetivos y particulares que pueda haber tenido en mira». Este principio es la regla, excepto que como que se esté en presencia del ejercicio abusivo de las mayorías, reprochada por el artículo 953 y 954 y c.c. del Código Civil, como así también por la doctrina societaria.

Acerca de la valoración y necesidad de la decisión de la mayoría no profundizaré el análisis, merced a que sería materia de tratamiento específico, pero es oportuno tener presente, a la hora de decidir, si se incrementa el capital o se hace uso del derecho de receso o si directamente se relega el porcentual en la participación social.

VI. Preservación de los bienes del menor.

La representación, ya sea contractual¹³, legal¹⁴ o judicial por disposición general compromete el deber de lealtad, fidelidad, así como su eficiencia en la tarea delegada, debiendo prestar los servicios o realizar aquellos actos encomendados. Con respecto a los actos de administración de bienes del menor, bien lo señala el Profesor Julio Cesar Rivera en su premiada obra «Instituciones de Derecho Civil»¹⁵ que: ...»el emancipado no puede formar parte de sociedades que impongan a los socios responsabilidades solidaria e ilimitada por las deudas sociales, ni realizar actos de comercio que importen la misma responsabilidad; para ello debería ser habilitado comercialmente conforme al régimen de los artículos 11 y 12 del Código de Comercio.» La doctrina es unánime con respecto al principio de protección cuando se trata de la preservación de bienes del menor.

Unánimemente la doctrina tiende a la preservación de los bienes del menor y a reducir al máximo los riesgos por deterioro de los bienes; empero, no debemos

responsabilidad en la masa de bienes heredados (es decir en el beneficio de inventario).

¹² Ver "Cuadernos de derecho Societario" Bs.As., Abeledo -Perrot, 1976, tº IV, p. 33

¹³ Por el mandatario en forma directa o por disposición orgánica (Messineo, Franciso en, Manual de Derecho Civil y Comercial, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1954, t. II., p. 412, nº 41).

¹⁴ Artículo 155, 165 y c.c. del Código Civil.

pecar por exceso y convertir al administrador de bienes del menor en la nunciatura o nunciatio, por el contrario, se lo debe dotar de cierto margen de discrecionalidad y no reducir a un mero suscriptor del convenio, previa autorización judicial, por actos que merecen repentina decisión, sin apartarse de los deberes de fidelidad, dedicación y prudencia ¹⁶.

Obviamente, si el administrador considerare dudosa la integración de capital de los demás socios o elevado el riesgo de suscripción, conforme lo establece la doctrina judicial sentada en la causa Casique Campi S.A. al menor o su administrador le queda como herramienta el derecho de receso previsto en el artículo 160 de la L.S. que permite negociar el «receso» con posibles interesados.

VII. Rresponsabilidad personal de/l «gerente/s de la S.R.L.

Se debe tener presente que, una vez que la Asamblea decide la ampliación o reintegro de capital, delega en la «gerencia» la conclusión y ejecución de la decisión adoptada por los socios. En efecto, le cabe al/los gerente/s el análisis de la facultad del administrador del menor para participar en la suscripción de capital y la emisión de nuevas participaciones sociales.

Según la postura del suscrito, ya anticipada, en caso de rechazar al menor la suscripción o reintegro de capital, le cabe al «gerente» la acción de responsabilidad en el artículo 274 de la ley 19.550 ¹⁷, por remisión del artículo 157 de la L.S.

Acertadamente, Zaldívar ¹⁸ y Halperín ¹⁹, sostienen que son los Síndicos quienes deben vigilar que los órganos sociales den debido cumplimiento a la ley, estatuto, reglamento y decisiones asamblearias; aunque también se afirme que el Síndico y el Consejo de Vigilancia deberían convocar a la asamblea. Este último, amplía, que quienes tengan legitimación, pueden peticionar la suspensión de la decisión del órgano de gobierno societario hasta tanto se eleve el tratamiento ante la asamblea o de estar ya suscriptas/emitidas las nuevas acciones su cancelación ²⁰; mientras tanto, no se ejecuta la decisión de dotar de «capital» a la sociedad ²¹, postergando el fin último de la sociedad.

Considero acertado que en caso de plantearse ésta duda interpretativa, el órgano de gobierno debería comunicar al Síndico - si lo hubiere- o ante la asamblea. Cualquiera fuere la decisión del órgano supremo societario, exime de responsabilidad al gerente/s de la S.R.L., ya que ha agotado todos los caminos administrativos internos pertinentes, de persistir la negativa de aceptar la suscripción del menor, al accionista le cabe acción resarcitoria por el cercenamiento de sus derechos

¹⁵ tº 1, p. 413, Bs.As., Abeledo-Perrot, Ed. 1994.

¹⁶ Mascheroni, Fernando en "El diario de la sociedad anónima", p. 22, *Revista del Noratio*, N° 793, año 1984.

¹⁷ "Los directores responden ilimitadamente y solidariamente hacia la sociedad, los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave."

¹⁸ En Cuadernos de Derecho Societario, 1975, t. II, Segunda Parte, p. 535, n° 46.1.22.

¹⁹ Sociedades Anónimas, 1974, p. 439.

²⁰ Ventura, Nissim, c/ Industrias Frigoríficas Argentinas Raimundo Richard, 17/9/71, E.D. t. 45, p. 464; Halperín, I. Sociedades Anónimas, 1974, p. 245, n° 127.

contra quienes votaron en la asamblea rechazando su incorporación^{22 23} por la pérdida del derecho de suscripción preferente -como mínimo- que establece el artículo 194 y c.c. de la L.S.

VIII. CONCLUSIÓN:

En el caso de la participación del menor con cuotas sociales en una sociedad de responsabilidad limitada ya constituida en donde los socios - en cumplimiento del interés social- deciden ampliar o reintegrar el capital, sin que exista exceso de las mayorías sociales sostengo que es facultad del «administrador» el valorar con fidelidad, lealtad e idoneidad, la conveniencia de comprometer a reintegrar o aportar capital, aún con la cláusula legal de solidaridad por los aportes sociales de los demás socios.

Se funda ésta posición en: (i) que la sociedad está pre constituida al tiempo de la recepción de cuotas sociales por parte del menor, (ii) que existe limitación de la responsabilidad hasta el total del capital comprometido por el resto de los socios, (iii) la responsabilidad subsidiaria entre los socios²⁴, (iv) capacidad retrospectiva del administrador para analizar la conveniencia de aportar o reintegrar, de acuerdo al comportamiento de la rentabilidad en ejercicios precedentes, etc. (v) eventual perjuicio por retroceso en el porcentual de participación, que podría debilitar la posición de fuerza con que cuente el menor; (vi) por último, en cuanto a la responsabilidad del «gerente» de la sociedad, de no admitir la participación del administrador, incurriría en las sanciones previstas en el artículo 157 de la L.C., razón por la cual se sugiere que para eximirse de responsabilidad, elevara a la «asamblea u órgano de contralor se lo hubiere» la decisión de «incluir o no» al menor en el incremento de capital o reintegro, a travez de su representante sin previa autorización del Juez de menores.

²¹ Art. 252 de la L.S.: “El juez puede suspender a pedido de parte ,....., la ejecución de la resolución impugnada.....”

²² El Art. 254 de la L.C. dice: “Los accionistas que votaren favorablemente las decisiones que se decalren nulas, responden ilimitada y solidariamente de las consecuencias de las mismas, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los directores, síndicos e integrante del consejo de vigilancia”.

²³ El artículo 251 de la L.S. habilita la acción contra los accionistas que votaaren favorablemente contra la ley, el Estatuto, Reglamento o disposiciones internas de la sociedad.

²⁴ Verón, “Sociedades Comerciales” artículo 150 comentado, p. 849/850.