

Unipersonalidad sobreviniente y terceros acreedores

María Marta Estofan

Sumario

Es propósito de estas líneas, un breve análisis de la unipersonalidad societaria en nuestra Ley 19.550 a partir de las modificaciones introducidas por la ley 26.944.

Se hace hincapié, fundamentalmente, en la suerte de las SRL devenidas unipersonales por reducción a uno del número de socios; analizando la posibilidad de la continuidad de las mismas a la luz de lo normado por el art. 94 bis y ccdtes. de la LGS; así como también, tratando de evaluar – indudablemente, sin agotar las posibilidades que la realidad irá planteando- las diferentes situaciones ante las cuales pueden encontrarse los acreedores de esas sociedades devenidas unipersonales y los acreedores del socio de éstas.

Se analiza así también, la posibilidad de los terceros acreedores, tanto del socio como de la sociedad, en una SRL devenida unipersonal, de ejercer por vía subrogatoria la acción de subsanación del art. 25 de la LGS, en el supuesto de considerarse que la SRL devenida unipersonal, es una sociedad unipersonal atípica y como tal sujeta al régimen regulado en la Sección Cuarta de la LGS.

La ley de Sociedades Comerciales 19.550 expresamente exigía cumplir para la constitución de una sociedad con el requisito de la pluralidad de socios (art. 1 Ley 19550); pluralidad que debía mantenerse durante la vida de la sociedad, so pena de incurrir en la causal de disolución que preveía el art. 94 inc. 8.

La fuerza irreatable de las necesidades mercantiles, encontró su cauce jurídico en las modificaciones introducidas a la ley 19550 por la ley 26.944, que sancionó el nuevo C.C.C.N.

La comisión redactora del nuevo código civil y comercial tuvo ante sí dos caminos optar entre servirse del mecanismo societario, o acudir a la idea del patrimonio de afectación, que permite al comerciante destinar una parte de

su patrimonio a las necesidades de la explotación. Al definirse por la primera opción, modificó el art. 1º de la ley de sociedades 19.550, permitiendo que la sociedad sea constituida por “una o más personas”.¹⁶¹

1. Viabilidad de las SAU

De conformidad con la regulación de la sociedad unipersonal en la LGS, ésta tiene su origen en la manifestación de voluntad de un único sujeto¹⁶², adecuada a las formas que exija la ley. Entre nosotros, el sistema adoptado por la LGS y el CCCN es el siguiente:- i) se admite la sociedad constituida por un solo socio (art.1 LGS), o sobreviniente por reducción a uno del número de socios (art. 94 bis LGS); ii) por expreso imperativo legal debe adoptar el tipo sociedad anónima; iii) debe incluir el aditamento “sociedad anónima unipersonal”, su abreviatura, o la sigla SAU (art.167 LGS); iv) el capital debe estar integrado totalmente al momento de su constitución (art.187 LGS); v) deben someterse a la fiscalización estatal permanente (art. 299, inc. 7º LGS), y como consecuencia tendrán directorio y sindicatura colegiada, vi) prohibición a una sociedad unipersonal de constituir otra unipersonal.¹⁶³-

Resulta criticable y reclama una pronta modificación legislativa,- so pena de convertir a las SAU en una mera figura dogmática del derecho objetivo pero, prácticamente, sin ninguna aplicación - la excesiva rigurosidad de su regulación que, si bien responde a la intención de evitar la utilización fraudulenta de esta figura, las coloca en una posición marcadamente desfavorable como opción para un empresario que busque acogerse a la compleja estructura jurídica de éstas.

A las SAU se las equipara a las sociedades anónimas del art 299 exigiéndoles obligatoriamente un directorio y una sindicatura colegiada. Nos resulta excesiva e innecesaria, la rigurosidad de estos requisitos.

Se pregunta Allende: si se trató efectivamente de permitir la organización

¹⁶¹ ART. 1 LGS “*Habrá sociedad a los fines de esta ley, cuando una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en el cap. II, se obliguen a realizar aportes, para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...*”

¹⁶² La posibilidad que la declaración unilateral de voluntad engendre una sociedad es admitida en el derecho comparado . Cfr. Moro E., La Sociedad de Capital Unipersonal, Ad-Hoc, Bs. As., 2006, p. 137.

¹⁶³ VERÓN Alberto V., Reformas al Régimen de Sociedades Comerciales, La Ley, Bs.As., 2015, p. 31.

de patrimonios con empresas en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple, ¿Por qué entonces estos agregados, estas verdaderas cargas? ¿No conspiran, acaso, con la formación de estas sociedades unipersonales?¹⁶⁴

Hay algunos autores que entienden que el tipo Sociedad Anónima no resulta el más adecuado para las sociedades unipersonales, sugiriendo que lo adecuado sería restringirlas a la utilización del tipo de sociedad de responsabilidad limitada¹⁶⁵.

La ley 26.944 avanza en la flexibilización del régimen societario, abriendo las puertas a las sociedades unipersonales, pero la regulación prevista no ha sido precisamente la más adecuada. En aras de evitar el uso fraudulento de este tipo social, quizás hubiera sido más útil y mucho menos engorroso diseñar otros métodos preventivos, por ejemplo con una regulación más completa sobre las relaciones jurídicas del único socio con la sociedad y viceversa.

2. Art. 94 y 94 bis, unipersonalidad sobreviviente de las SRL Y SC

En el régimen actualmente en vigencia el empresario podrá ab-initio (unipersonalidad originaria) organizar su empresa bajo la modalidad de la sociedad anónima unipersonal prevista por la LGS (art.1); como así también puede suceder que a lo largo de la vida de la sociedad, sobrevenga la eventual reducción a uno del número de socios, (unipersonalidad sobreviviente) situación que no impedirá la prosecución de la empresa organizada bajo alguno de los tipos sociales referidos en el art 94 bis¹⁶⁶ (Sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e Industria), transformándose de pleno derecho en una Sociedad Anónima Unipersonal si no se decidiera otra solución en el lapso de tres meses.

¹⁶⁴ ALLENDE, Lisandro A., “apuntes e interrogantes sobre los cambios que se proponen a la normativa societaria en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, J-DOC-5877.

¹⁶⁵ VITOLLO, Daniel R., “Las sociedades unipersonales y la reforma de la Ley 19.550”, La Ley 28/05/2012.

¹⁶⁶ Art. 94 bis LGS La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución, imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de tres (3) meses.

Esta previsión del art. 94 bis es una consecuencia de la supresión del ex inc. 8 del art. 94 de la LSC¹⁶⁷, de manera que la reducción a uno del número de socios ya no sería causal de extinción en ningún tipo societario.

Aquí es donde aparece una importante incongruencia normativa, que la doctrina ha tratado de interpretar dando lugar a cuatro posturas diametralmente opuestas, a saber.

4.1. *Tesis de la continuidad como unipersonales*

La doctrina mayoritaria sostiene que el juego armónico de las normas de la LGS permite concluir que las sociedades colectivas y las SRL devenidas unipersonales, continúan como tales regidas por las normas de su tipo y las de su contrato social¹⁶⁸. Esta teoría sostiene que el art. 94 bis de la LGS establece que “*la reducción a uno del número de socios no es causal de disolución*”, y tomándolo como base, sostiene que este principio se aplica a todas las sociedades, inclusive a las SC y las SRL.

4.2. *Tesis de la disolución*

La segunda, postula que dichas sociedades se disuelven por lo prescripto en el art 163 inc.g del CCCN, donde se establece que “*la persona jurídica se disuelve por ... la reducción a uno del número de miembros, si la ley exige pluralidad y no es restablecida dentro de los tres meses*”.¹⁶⁹ La solución del artículo 94 bis solamente debería aplicarse a las sociedades en comandita simple o por acciones y a las sociedades de capital e industria, y fuera de estas hipótesis, en las demás sociedades no anónimas –SRL y sociedades colectivas- la reducción a uno del número de socios, a pesar del silencio del listado de causales de disolución prevista por el art. 94, da lugar a la disolución y por lo tanto abre la etapa liquidatoria de la sociedad.

167 Inc 8 art 94 LSC La sociedad se disuelve: ...

Inc. 8 por la reducción a uno del número de socios.

168 Sostenida entre otros por Rafael Manóvil

169 Enunciada por Nissen, Ricardo A., “Estudios sobre el Código Civil y Comercial de la Nación. Las Personas Jurídicas” – ED – numeral 5 – 7/7/2015. No compartimos esta postura, recuérdese que el mencionado código sentado en el art. 150 el orden de prelación normativa, la persona jurídica se rige ante todo “por las normas imperativas de la ley especial” y luego por las del Código Civil y Comercial.

4.3. *Tesis de la atipicidad*

La tercera hace ingresar a la SRL y a la SC que vean reducido a uno el número de socios, al segmento de las sociedades de la Sección IV.¹⁷⁰

4.4. *Tesis de la IGJ*

La cuarta alternativa predica que tales sociedades se transformen, por voluntad de su único socio, en una SAU, mediante el sistema del art. 74 y subsiguientes de la LGS. La IGJ en la Resolución 7/2015 (arts. 195 a 205) tomó partida por esta tesitura. Este organismo estableció que dentro de los tres meses en que se verifique la reducción a uno de número de socios, la SRL y la Sociedad Colectiva deberán resolver: - su transformación voluntaria como Sociedad Anónima unipersonal; o – su disolución y nombramiento de liquidador. Si no cumple con la adopción de ninguna de estas decisiones, “se considerará sociedad bajo el régimen de responsabilidad establecido para las sociedades de la Sección IV del capítulo I de la Ley n° 19.550”.

4.5. *Tesis personal*

De conformidad con la regulación que ha adoptado la LGS para las sociedades unipersonales, resulta imposible imaginar que una SRL o una Sociedad Colectiva pueda continuar como unipersonal pero operando en la vida empresarial bajo el régimen previsto para su tipo social, sin reconocer que en puridad se ha transformado en una sociedad atípica.

Si bien es cierto que con la modificación del art. 17 de la LGS¹⁷¹ ha desaparecido la sanción de nulidad frente a la inobservancia de los requisitos tipificantes, esto no puede admitirse como vía de legitimación para que una S.R.L. o una Sociedad Colectiva continúen actuando bajo el régimen de una sociedad típica, cuando incumplen el requisito tipificante de pluralidad de socios.

La tipicidad implica ajustarse a una de las formas societarias reglamentadas por la LGS, y el respeto de los elementos tipificantes no sólo es necesario al momento de la constitución, sino que, a fin de seguir cubierta por las normas del tipo societario elegido, resulta indispensable que la sociedad cumpla con

¹⁷⁰ Apoyada, entre otros, por Vitolo, Daniel R. y Molina Sandoval, Carlos

¹⁷¹ Art. 17 LGS: “*Las sociedades previstas en el Capítulo II de esta ley no pueden omitir requisitos esenciales tipificantes ni comprender elementos incompatibles con el tipo legal. En caso de infracción a estas reglas, la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo.*”

los correspondientes requisitos tipificantes durante su funcionamiento, modificación y extinción, caso contrario será aplicable la norma del art. 17 de la LGS.

Calificada opinión doctrinaria sostiene que la pluralidad de socio (como requisito tipificante) sólo es exigida al momento de la constitución de la sociedad, ya que en la sección IV, a tenor del art. 21 solo tiene cabida “*la sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Capítulo II...*”. En rigor, nosotros sostenemos que para determinar las sociedades que quedarán incluidas dentro de la sección IV, no basta con el art. 21, sino que debemos realizar una armónica interpretación de los arts. 21 y 25 de la LGS, llegando al entendimiento de que el art. 25¹⁷² permite incorporar dentro de las sociedades de la sección IV a aquellas que hayan sobrevenido atípicas.

La referencia expresa del art 25 de la LGS a “*la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido*”, nos permite interpretar que la la sociedad constituida bajo algún tipo legal previsto por la LGS, funcionaría un tiempo regularmente hasta que sobreviniera alguna circunstancia que generará una atipicidad, de manera que repentinamente pudiera apreciarse “*la existencia de elementos incompatibles con el tipo*”. El artículo no exige que la “*existencia de elementos incompatibles del tipo*” sea concomitante con la constitución, sólo que se constate la “*existencia de los elementos incompatibles*” en algún momento de la vida de la sociedad como presupuesto para que queden incorporadas bajo el régimen de la Sección IV de la LGS, y en el caso en particular pueda pedirse su subsanación. Esta conclusión resulta de una adecuada interpretación de los arts. 17, 21 y 25 de la LGS.

Por otra parte no resulta menos cierto que las exigencias del tipo previstas por la ley al regular los requisitos de la Sociedad Unipersonal, no resultan compatibles con las de los tipos de las SRL y las SC; y al convertirse en una sociedad unipersonal, esas sociedades que habían adoptado los tipos sociales de SRL o SC, no cumplirán con los requisitos del tipo Sociedad Unipersonal ni los requisitos del tipo de las SRL o SC (estará ausente la pluralidad de socios), ergo, no tendrá cabida dentro de ninguno de los tipos societarios previstos, y por lo tanto sería sociedad atípica que como tal deberá quedar comprendida dentro de la sección IV por imperio del art. 17 de la LGS.

¹⁷² Art. 25. Subsanación. “*En el caso de sociedades incluidas en esta Sección, la omisión de requisitos esenciales, tipificantes o no tipificantes, la existencia de elementos incompatibles con el tipo elegido o la omisión de cumplimiento de requisitos formales, pueden subsanarse a iniciativa de la sociedad o de los socios en cualquier tiempo durante el plazo de la duración previsto en el contrato. ...*”

No escapa al observador que la posibilidad que una SRL (las Sociedades Colectivas la dejamos de lado en tanto resulta indudable que la Sociedad Colectiva devenida unipersonal no tendrá auge en el mercado) que vea disminuido su número de socios a uno, y siga funcionando con un solo socio como sociedad atípica y bajo el régimen de las sociedades de la sección IV, no será otra cosa que una fácil manera de evadir la excesiva rigurosidad con que ha rodeado la ley a la sociedad unipersonal. De todos modos es la solución que nos parece la más adecuada dentro de la regulación legal actual.

La circunstancia de que con la reforma de la ley 26.944, se haya adoptado y regulado la Sociedad Unipersonal, no habilita al intérprete para ir más allá de lo que la ley regula, llegando prácticamente a crear un género de Sociedades Unipersonales dentro del cual incluiría -como especies de ese género- a la expresamente prevista y regulada por la LGS, es decir la SAU, y además a las SRL y SC devenidas unipersonales por reducción a uno del número de socios.

Nosotros consideramos que la Ley tiene expresamente prevista la solución para las sociedades SRL y SC devenidas atípicas por unipersonalidad sobreviniente: incluirlas dentro del gran “limbo” que es la Sección Cuarta de la LGS.

El argumento sostenido por la doctrina mayoritaria que se ciñe a la primera frase del art. 94 bis de la LGS, para sostener que las SRL y SC no se disuelven con la reducción a uno de sus socios y que continúan funcionando estrictamente como SRL y SC, implica hacerle decir a la ley lo que no dice.

El art. 94 bis establece “ *La reducción a uno del número de socios no es causal de disolución imponiendo la transformación de pleno derecho de las sociedades en comandita, simple o por acciones, y de capital e industria, en sociedad anónima unipersonal, si no se decidiera otra solución en el término de TRES (3) meses.* “

De este artículo solo podríamos sacar la conclusión que la unipersonalidad sobreviniente no es causa de disolución -criterio que compartimos- pero decir que las SRL y las SC devenidas unipersonales continuarán como SRL y SC, implica ignorar totalmente otras normas de la LGS que regulan la suerte de las sociedades atípicas, arts. 17, 21 y 25. Como lo desarrollamos antes, la interpretación armónica de estos artículos nos permite incluir a esas sociedades dentro de la Sección IV de la LGS.

Con la posición que asumimos, estamos respetando el principio de continuidad de la empresa sentado por el art 100 de LGS, la sociedad devenida atípica no se disuelve, pero debe adaptarse a las posibilidades que brinda la LGS para esa sociedad unipersonal atípica.

5. Unipersonalidad sobreviniente y terceros acreedores

Así, ante una SRL devenida unipersonal atípica y sometida a la regulación de la Sección Cuarta de la LGS (arts. 21 a 26), podemos encontrarnos con una serie de conflictos respecto de los acreedores del único socio, así como de los acreedores de la sociedad de responsabilidad limitada devenida unipersonal atípica, (a partir de ahora la mencionaremos con la sigla SUA, Sociedad Unipersonal Atípica) veamos:-

5.1. Los acreedores del socio que ha quedado como único integrante de la SUA, podrían eventualmente alegar algún perjuicio en el patrimonio de su deudor/socio único de esa sociedad atípica, que importe un desmedro de su garantía de cobro (*el patrimonio es la prenda común de los acreedores*). Resulta que, de un deudor/socio unipersonal, que había formado parte de un SRL donde su responsabilidad estaba limitada al aporte suscrito, nos encontramos con un socio de una sociedad regida por las normas de la sección IV y por lo tanto sometido, en principio, a una responsabilidad mancomunada, (art. 24 LGS) -que en el caso planteado será totalmente asumida por el único socio de la sociedad.¹⁷³

Podrá argumentarse a favor de la situación de los acreedores del socio de la SUA que, a diferencia de lo que sucedía con las sociedades irregulares bajo el régimen de la LS, en el régimen actual de las Sociedades de la Sección cuarta de la LGS, el socio de la SUA goza del beneficio de excusión previa de los bienes sociales. Ahora bien, si los bienes de la sociedad no son suficientes, deberá responder ese único socio con su patrimonio, su responsabilidad, aparentemente, ya no estaría limitada a su aporte. De manera que los acreedores podrían -de no ser suficientes los bienes de la sociedad- ver disminuido el patrimonio de su deudor en detrimento de su garantía. Insisto: para los acreedores del socio, el patrimonio de éste último es su garantía de cobro.

Sin embargo, a pesar de este aparente perjuicio para los acreedores del socio de la SRL devenida unipersonal, hay que tener en cuenta que las sociedades alcanzadas por la regulación de la sección IV, hoy admiten la oponibilidad del contrato social (art. 22), tanto entre socios como en el vínculo

¹⁷³ Art. 24 LGS: “Los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales, salvo que la solidaridad con la sociedad o entre ellos, o una distinta proporción, resulten: 1) de una estipulación expresa respecto de una relación o un conjunto de relaciones; 2) de una estipulación del contrato social, en los términos del artículo 22; 3) de las reglas comunes del tipo que manifestaron adoptar y respecto del cual se dejaron de cumplir requisitos sustanciales o formales.”

con terceros. De manera que no habiéndose liquidado la SRL originariamente constituida, sino simplemente devenida en sociedad unipersonal atípica por la pérdida de pluralidad de socios, nosotros entendemos que su estatuto podrá ser invocado por los terceros para limitar la responsabilidad del único socio a su aporte; es decir para atenerse al régimen de responsabilidad que surge del tipo social elegido originariamente (SRL), y respecto del cual existen elementos incompatibles con el tipo que obligaron a la subsunción dentro de la sección IV LGS.

Frente a este argumento de la oponibilidad del contrato social para limitar la responsabilidad, podría alegarse que el art. 24 LGS al referirse a la responsabilidad mancomunada de las sociedades de la Sección IV, solamente parece admitir que ésta sea dejada de lado por un agravamiento de la responsabilidad, es decir por una responsabilidad solidaria, la que deberá surgir de *estipulación expresa, o de las reglas comunes del tipo social respecto del que no se cumplieron con todos los requisitos*.

Pero a pesar de esta interpretación, nosotros entendemos que la posibilidad de invocar la responsabilidad limitada resulta de ampararnos en el principio de oponibilidad del contrato social conocido por los terceros, sentado por el art. 22 LGS.¹⁷⁴

Sin embargo, y como último recurso para aquellos que consideren que las normas de la sección IV solamente admiten un agravamiento de la responsabilidad, más no la posibilidad de valerse de las cláusulas contractuales para limitar la responsabilidad del socio de una SRL devenida unipersonal atípica, todavía nos queda la posibilidad de amparar a los acreedores de ese socio que pueden ver atacada su garantía (el patrimonio de su deudor), planteando por vía subrogatoria la subsanación de la sociedad (art. 25 LGS) con la intención de que la misma se reconstituya con la incorporación de nuevos socios y reasuma su tipicidad legal como SRL.

Bajo el régimen de la LSC (19.550), en el supuesto de sociedades irregulares, el art. 22 concedía acción a cualquiera de los socios para requerir la regularización o solicitar la disolución de la sociedad. Recuérdese que el régimen de las sociedades irregulares en la LSC era esencialmente castigador: establecía responsabilidad solidaria e ilimitada de los socios, sin beneficio de excusión y sin posibilidad de oponer el contrato social. Nosotros creemos

¹⁷⁴ Art. 22 de la LGS: "El contrato social puede ser invocado entre los socios. Es oponible a los terceros sólo si se prueba que lo conocieron efectivamente al tiempo de la contratación o del nacimiento de la relación obligatoria y también puede ser invocado por los terceros contra la sociedad, los socios y los administradores".

que bajo ese régimen era posible para los acreedores del socio, ejercer por vía subrogatoria la acción de regularización de la sociedad.

Aun cuando en el régimen introducido con la reforma de la ley 26.944 no se advierte ningún vestigio de la severidad que el legislador de la ley 19.550 tuvo con las sociedades irregulares, creemos que igualmente los terceros acreedores que vean atacada su garantía, podrían solicitar la subsanación de la SUA ejerciendo por vía subrogatoria la acción de subsanación regulada por el art. 25 LGS, que, si bien legitima activamente a los socios y a la sociedad, e inclusive al juez en caso de falta de acuerdo, nada obstaría a su ejercicio por vía subrogatoria, máxime cuando tenemos norma expresa del CCCN que autoriza la aplicación de las normas de ese digesto a las sociedades (art. 150) y habiendo dicho cuerpo legal regulado expresamente la acción subrogatoria en los arts. 739 a 742. Volvemos más adelante sobre esta posibilidad.-

5.2. Acreedores originarios de la SRL que pueden encontrarse frente a un supuesto de descapitalización de la sociedad, envuelto bajo el ropaje jurídico de la disminución a uno del número de socio. La situación fáctica sería la de una SRL de dos o más socios devenida unipersonal, que en el iter de reducción de socios ha disminuido su capital social. De conformidad con el art. 153 de la LGS resulta posible que la sociedad adquiera las cuotas de los socios que se retiran de la sociedad reduciendo su capital social (quedando las cuotas automáticamente anuladas). Si bien es cierto que en este caso deberá observarse el quorum y mayoría para la deliberación de los órganos sociales en tanto estamos ante una modificación del contrato social; esto no obstaría a que eventualmente la reducción del capital sea lo suficientemente significativa para que los acreedores sociales se sientan perjudicados.

Recordemos que el capital social es un elemento esencial para que la sociedad pueda ponerse en marcha y desarrollar su objeto social; y que cumple, entre otras, una importante (aunque muy discutida) función de garantía de los acreedores.

Situándonos entonces ante un supuesto como el descripto podrían presentarse, cuantas menos, dos posibilidades:

5.2.1. Con la operatoria de reducción de socios y adquisición por la sociedad de la cuota social, la sociedad haya incurrido en infra capitalización funcional (desfasaje entre el capital social y el capital real que se necesita para lograr el objetivo social).

Ante este supuesto, y si la sociedad continua operando, frente a una situación de dolo, los acreedores sociales estarían legitimados para iniciar acción contra el/los administradores dela sociedad que responderán ilimitada y solidariamente, por una clara violación a sus deberes / art. 59 LGS.

Respecto del socio, existe alguna parte de la doctrina que haciendo aplicación de la “*Teoría de la inoponibilidad de la Personalidad Jurídica*” responsabiliza directamente a los socios por infra capitalización fraudulenta que devenga insolvente a la sociedad cuando ha existido dolo o culpa en su obrar. Aplicando esta teoría en el supuesto en examen cabría hacer responsable por la infra capitalización directamente al socio único y a los socios salientes.

Así los acreedores sociales podrán accionar por fraude contra la sociedad e inclusive amparados en la doctrina del *disregard* y aplicando el art. 54 LGS, demandar directamente a los socios. Sin entrar a tratar el debatido tema de la aplicación de la teoría del *disregard* en los supuestos de infra capitalización, dejamos sentado que compartimos el criterio de una parte de la doctrina que ha extendido la responsabilidad a los socios en los supuestos de infra capitalización sobreviniente fraudulenta.

5.2.2. El otro escenario que podemos encontrar ante la reducción de socios y consecuente adquisición social de las cuotas, es que de la operatoria hubiere derivado una disminución del capital social que, sin llegar a la situación extrema de infra capitalización, implique para los acreedores una disminución de su garantía a tal punto que los habilite al ejercicio de acciones legales en protección de sus derechos. Entendemos que en este supuesto sería viable el ejercicio por vía subrogatoria de la acción de subsanación del art. 25 LGS a fin de reconducir la SRL con la incorporación de nuevos socios y el consecuente incremento del capital social.

Conceptualmente la acción subrogatoria es la que posibilita a los acreedores, en forma individual y en beneficio de todos éstos, ejercer los derechos transmisibles de su deudor, cuando éste resultare remiso en actuar por sí.

La posibilidad que los acreedores de la sociedad o del socio de la SRL devenida unipersonal atípica puedan por vía subrogatoria ejercer la acción de subsanación, no debe parecernos extraña.

La acción subrogatoria en cuanto tal, no estuvo expresamente prevista en el Código Civil Velezano, resulto una construcción doctrinaria derivada del art. 1196 que establecía genéricamente la posibilidad de los acreedores de ejercer los derechos y acciones de su deudor.

Aún durante la vigencia del Código de Vélez, ya existieron algunos fallos que hacían lugar al ejercicio de la acción subrogatoria por acreedores sociales en aras de proteger el patrimonio de la sociedad, que en definitiva es su garantía. Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en los autos **Poselki Ana María c/ Cipi S.C.A. s/ ejecutivo**, admitiendo el ejercicio de la acción subrogatoria por los acreedores sociales, sostuvo lo siguiente: “*para evitar que el deudor pudiese, por incuria o negligencia, dejar consumir su ruina o un empobrecimiento creciente, la ley confiere a los acreedores la ac-*

ción subrogatoria cuyo contenido dependerá del concreto derecho del deudor que se intente hacer valer por vía de la acción oblicua".¹⁷⁵

Ahora bien, actualmente el CCCN regula expresamente a la acción subrogatoria en el art. 739 y subsiguientes. Además, por mandato expreso del art. 150 de ese digesto, las normas del mismo se aplican a las Sociedades comprendidas en la LGS; de manera que si aun cuando no estaba expresamente legislada la acción subrogatoria ya nuestras cámaras la admitieron en materia societaria para amparar el patrimonio como prenda común de los acreedores, con mayor razón hoy que tiene consagración legislativa expresa, no puede negarse el ejercicio por vía subrogatoria a los acreedores sociales y a los acreedores del socio, de la acción de subsanación del art. 25 LGS, siempre en aras de proteger el patrimonio como garantía de sus acreencias, ya sea en un caso del patrimonio de la sociedad, ya el del socio para el otro supuesto.

Algunos autores han sostenido que en materia societaria, deberían excluirse del ejercicio de la acción subrogatoria a los derechos "sociales", cuyo ejercicio estaría librado al criterio de su titular; así por ejemplo, invocar la disolución anticipada de la sociedad, salvo previsión de una causa legal o contractual y si la misma ya se hubiere producido¹⁷⁶.

Adherimos a este pensamiento que, como premisa lógica, sostiene que los acreedores no podrían ejercer por vía subrogatoria aquellos derechos sociales que resultan prerrogativas del asociado inherentes a su persona. Pero esto no resulta obstáculo para el ejercicio de la acción de subsanación que aquí planteamos. Si bien a primera vista podría parecer como el ejercicio de un derecho de contenido netamente social –subsana la sociedad atípica– no debemos olvidar que la causa fin de esta acción que motiva al acreedor a ejercerla, está imbuida íntegramente de contenido patrimonial. El acreedor busca por vía oblicua y a través de la subsanación, la indemnidad del patrimonio de su deudor. Un patrimonio suficiente es la única garantía para el acreedor, de un posible pago.

¹⁷⁵ CNApel.Sala A, 7-jun-2011, Poselki, Ana María c/ Cipi SCA s/ ejecutivo – “El art. 1196 del CCiv. Establece que.---los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de su deudor, con excepción de los que sean inherentes a su persona y la razón de ser de la acción subrogatoria reside en el principio según el cual el patrimonio del deudor constituye la garantía colectiva de los acreedores y consiste en una facultad que se confiere a los acreedores a fin de que puedan remediar los graves perjuicios que pueden derivar de la circunstancia de que el deudor pudiese, por incuria o negligencia, dejar consumir su ruina o empobrecimiento creciente, que en definitiva recaería menos sobre él que sobre los acreedores que resultasen víctimas de semejante declinación patrimonial”.

¹⁷⁶ SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Miguel, Acción oblicua, Bs. As., 1945, p. 222.

6. Conclusiones

Frente a la situación fáctica de una Sociedad de Responsabilidad Limitada originariamente pluripersonal, que hubiere devenido unipersonal por reducción a uno del número de socios, debemos atenernos a la solución que surge de una interpretación integradora de las normas de la ley 19550 (arts. 17, 21 y 25); de manera que las SRL devenidas unipersonales quedarán incluidas dentro de la Sección IV de la ley 19.550, ante la “*existencia de elementos incompatibles con el tipo*”, convirtiéndose en una Sociedad Unipersonal Atípica, sometida a la normativa de dicha sección.

La posibilidad de los terceros acreedores, tanto del socio como de la sociedad, de ejercer por vía subrogatoria la acción de subsanación de la SRL devenida unipersonal, solamente sería viable, en el supuesto de considerarse (como creemos nosotros que debe ser) que la SRL devenida unipersonal, es una sociedad unipersonal atípica y como tal sujeta al régimen regulado en la Sección Cuarta de la LGS, y por lo tanto plausible de subsanarse (art. 25 LGS).

Más allá de las objeciones que se pueden hacer a la regulación de la sociedad unipersonal en la Ley 19.550, creemos que con su incorporación se abre una nueva etapa en el derecho societario nacional, que indudablemente dará lugar a innumerables conflictos jurídicos, cuya interpretación y solución última, resultará de la ardua labor de nuestros jueces.