

LA SOCIEDAD ANONIMA COMO VEHICULO PARA LA CONSTITUCION DE UN PATRIMONIO DE AFECTACION DESTINADO A UN NEGOCIO ESPECIFICO

Alejandro Miller

Sumario

1. Se postula la validez de la sociedad anónima cuando es utilizada como vehículo para la constitución de un patrimonio de afectación, patrimonio éste que está vinculado a un negocio específico. En el derecho comparado, fundamentalmente en el derecho anglosajón, ingresan en la denominación de *special purpose vehicles*.

2. La consideración de la polivalencia funcional de la sociedad anónima como un instrumento jurídico idóneo y de organización de amplio espectro así lo merita, en el actual desarrollo del derecho societario comparado.

3. El examen crítico de las objeciones que se realizan al uso instrumental de la anónima con esta finalidad, así lo demuestra. En tal sentido, se analiza con sentido crítico: la sociedad como receptora necesaria de una empresa; la sociedad comercial y la finalidad de obtención de beneficios económicos dinerarios; la autonomía económica como presupuesto para la sociedad; la disolución de la sociedad por imposibilidad de lograr el objeto social.

Introducción

1. El título de la ponencia pretende hacer referencia a las sociedades anónimas constituidas para un determinado y específico propósito, cual es el de servir como un vehículo instrumental para generar un patrimonio de afectación con miras a un negocio en particular. En el derecho comparado, si bien la expresión es ambigua y alcanza a otros usos, el mencionado queda comprendido dentro de

lo que se les conoce como sociedades *special purpose vehicle* (SPV). La intención es analizar este tipo de uso del instituto societario para verificar su validez al amparo de las normas societarias tanto uruguayas como argentinas y la reacción de la doctrina rioplatense al respecto.

2. En lo personal postulamos la validez y legalidad de este tipo de uso societario, en tanto el mismo no contravenga normas de orden público o configure un uso fraudulento con perjuicio de la ley y de los derechos de los accionistas y terceros, en cuyo caso corresponderá la desestimación de la personería jurídica de la sociedad comprometida. Igualmente, el otro límite se ubica en el campo de la responsabilidad y en tal sentido, si la sociedad se inserta en un grupo económico, la responsabilidad -conforme a la ley y a las interpretaciones de la doctrina en la materia- deberá ser de la sociedad que ejerce el contralor y de los administradores de esta última. De lo contrario, la responsabilidad será de los administradores a título del estándar del buen hombre de negocios.

3. Igualmente y dentro de este esquema también consideramos viable el uso de la sociedad a fin de generar patrimonios de afectación separados pero destinados a interactuar comercialmente, como piezas o elementos en un único negocio grupal. En tal caso, nuevamente los límites establecidos en la ley societaria han de funcionar, tanto en la desestimación de la personería como en la responsabilidad de quienes controlan el negocio grupal.

La sociedad como un esquema jurídico de organización de amplio espectro

4. La ley societaria uruguaya continúa implícitamente reconociendo que la sociedad es un contrato asociativo; pero en los hechos y tal cual lo señalara Ripert la sociedad anónima hoy en día es una máquina jurídica tan útil como las que utiliza la industria. *“No estamos habituados a semejante expresión. Sin embargo, deberíamos tener en el derecho una ciencia de los mecanismos jurídicos al igual que existe en la industria una ciencia de las máquinas”*⁽¹⁾. Esta apreciación resuena subversiva pero es la realidad actual. En la misma línea, Richard ha calificado reiteradamente a la

sociedad como un centro de imputación con un criterio basado en la escisión patrimonial, o la generación de un haz de relaciones sobre ciertos bienes, por una disposición del legislador vinculada o no a una declaración de voluntad, pero siempre relacionada a un dato de la realidad: el cumplir una finalidad o sea un funcionalismo ⁽²⁾. La sociedad como un instituto jurídico calificado por su funcionalidad. Y si a ello le agregamos el tema de la sociedad unipersonal, entonces la estructura originariamente contractual y de concurrencia de pluralidad de sujetos, se derrumba. La unipersonal -sea originaria o derivada- pone a nuestro entender sobre el tapete el carácter funcional de la sociedad como esquema de organización jurídica generador de un patrimonio de afectación el cual está destinado a una actividad comercial o no. Este aspecto fue recordado hace unos años en la doctrina uruguaya por Ripper, *"Nosotros pensamos en términos generales que en una economía abierta, integrada, globalizada debe primar cada vez más la decisión y la voluntad de las partes en el manejo de sus actividades negociales singulares"*; en tal sentido, *"debe ofrecerse toda posible alternativa instrumental para que las personas, los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades empresariales, con capacidad de adaptabilidad y flexibilidad en las respuestas a las nuevas, cambiantes circunstancias objetivas del mercado"*. En ese esquema de respuestas jurídicas *"de alguna manera, hoy día, admitir una sociedad con un solo socio desde la etapa inicial de constitución no es de ninguna forma establecer solo un mecanismo de limitación de responsabilidades. Lo es, efectivamente lo es, y uno se pregunta: ¿qué tiene de malo que lo sea? Cuando esa entidad sirve al desarrollo de actividades productivas ¿porqué una persona física o jurídica no puede determinar, desglosar o deslindar la parte de su patrimonio que va a dedicar a una cierta actividad económica, sin comprometer la totalidad de su patrimonio?"* (énfasis nuestro) ⁽³⁾. Pues bien sobre esta base es

(1) Ripert, Georges, *Aspectos jurídicos del capitalismo moderno*, Ed. Bosch, 1950, p. 110.

(2) Richard, Efraín, *Sociedades y contratos asociativos*, Zavallia, Bs. As., 1987, p. 98.

(3) Ripper, Siegbert, "Sociedad de un solo socio", en *ADCom.*, t. 7, p. 51, Ed. FCU, 1996.

que consideramos que la sociedad con propósito específico y destinada a la concreción de un patrimonio de afectación en un negocio en particular adquiere su basamento ético. La realidad nos demuestra que la sociedad se adapta mejor que ningún otro instrumento a la finalidad de establecer la separación patrimonial. Desde el punto de vista legal la respuesta está dada en la ley societaria uruguaya y en el decr. 335/990 el cual legaliza la sociedad anónima devenida unipersonal. Y los ejemplos abundan.

Análisis crítico de las objeciones al uso de la sociedad como una vía para crear un patrimonio de afectación

5. Diversas han sido las objeciones al uso de una sociedad como una herramienta funcional al servicio de generar un patrimonio de afectación y destinar el mismo a un propósito específico. Veamos con análisis crítico cada una de ellas.

La sociedad como el receptor jurídico necesario de una empresa

6. La sociedad se contrae para la realización de una actividad comercial en forma organizada. Esta expresión conlleva a que la sociedad es el continente jurídico de una empresa. Sin empresa no habrá sociedad. Por tanto una sociedad que solamente se constituye para dar pie a la creación de un patrimonio de afectación no estaría dando cumplimiento a este elemento que la noción legal de sociedad impone.

El art. 1º de la ley uruguaya, a diferencia de la argentina, subraya este aspecto al indicar que la sociedad resulta para *“el ejercicio de una actividad comercial organizada”* con lo cual si no hay actividad organizada, sino meramente la generación de un patrimonio de afectación no puede haber sociedad. Si acudimos a las actas de la discusión parlamentaria el sentido era referirse implícitamente a la empresa.

La doctrina uruguaya se ha dividido en dos interpretaciones posibles.

Para un sector la referencia es inequívoca en cuanto a que debe haber una empresa atrás de la sociedad. El calificativo de *“organizada”*

no está referido a la sociedad sino a la actividad comercial que la misma ha de cumplir. Es la actividad que debe ser organizada, y ¿cómo se configura este estándar de organización? precisamente a través de la combinación organizada (valga la redundancia) de factores de producción como el trabajo y el capital, o sea, la empresa. En este sentido, Butty entiende que la sociedad es solo comercial cuando actúa con esencial vocación a la titularidad de una hacienda empresarial mercantil⁽⁴⁾.

Para otro sector de la doctrina la referencia al carácter de organizado está vinculado a la estructura orgánica de la sociedad, esto es, a su régimen de administración, la representación, fiscalización, documentación, es decir, la organización de los complejos intereses comunes de los socios para el logro del objeto societario⁽⁵⁾. En este sentido la organización estaría calificando a la sociedad y no a su actividad. Para esta tesitura no hay objeción en que no haya una empresa atrás de la sociedad.

Si por el contrario, en la tesitura a la que adherimos, la noción de sociedad está vinculada al concepto de ente jurídico receptor de una empresa; no obstante, la vinculación de la sociedad como herramienta para la creación de un patrimonio de afectación aún cuando no haya una actividad empresarial en la misma, no conlleva tampoco a una disolución o a la nulidad de la sociedad ya que la exigencia legal no marca límites temporales para dicho ejercicio ni sanciones específicas en caso de incumplimiento. En este sentido, Rippe es claro cuando afirma que *"si la actividad económica no se realiza en forma organizada, no por ello dejará de existir una sociedad comercial si se reúnen y mantienen los demás elementos esenciales de la definición legal, ya que no se prevén sanciones por su falta ni ésta constituye presupuesto para una declaración de inexistencia, nulidad o disolución de la sociedad"*⁽⁶⁾. Podrían, acotamos, haber eventuales

(4) Citado por Manóvil, Rafael, *Grupos de sociedades*, Abeledo-Perrot, 1998, p. 568.

(5) Merlinski, Ricardo, "De la existencia de la sociedad mercantil" en la obra colectiva: *Análisis exegético de la ley 16.060 sobre sociedades comerciales*, Ed. FCU, 1991, t. I, p. 10.

(6) Ripper, Siegbert, *Sociedades comerciales*, Ed. FCU, 1992, p. 29.

consecuencias como generarse la causal de disolución por la inactividad en el funcionamiento de los órganos sociales.

7. Obviamente, que podemos estar frente a una sociedad utilizada como vehículo de dicho patrimonio de afectación y darse actividad empresarial en el mismo. Por ejemplo, cuando la sociedad se crea para realizar la distribución y separar dicha actividad de la fabricación. En realidad hubo una escisión encubierta. No obstante, hay actividad comercial empresarial y por tanto no se plantea la objeción anotada.

La sociedad comercial y la finalidad de obtener beneficios económicos dinerarios

8. La noción legal de sociedad establece que los socios aportarán con el propósito de obtener ganancias las que luego se han de distribuir entre los socios. Estamos refiriéndonos a la causa del contrato social, a la causa por la cual ingresa el socio al esquema societario.

La doctrina uruguaya nuevamente está con interpretaciones disímiles en cuanto a qué debe entenderse por “ganancias”.

Así para Rodríguez Olivera, la referencia a “ganancias” es más estrecha que el concepto de beneficios, y por tanto, no comprende beneficios que no sean económicos, como por ejemplo, sociales, educativos, culturales. En este sentido, si dos o más personas se asocian para distribuirse otro tipo de beneficios, provechos o conveniencias, deben buscar el esquema de la sociedad civil, las asociaciones o de los grupos de interés económico⁽⁷⁾. Igualmente para la autora tampoco hay sociedad cuando los beneficios sean por la vía de realizar economías. En este sentido no hay sociedad comercial cuando la asociación es para obtener economías en la adquisición de bienes y servicios y su distribución entre sus asociados a menor costo. Por tanto, para esta tesitura restrictiva la sociedad comercial queda fuera tanto en el caso que los beneficios no sean económicos (sino culturales o sociales) como así cuando los beneficios económicos sean indirectos (a

(7) Rodríguez Olivera, Nuri, *Manual de derecho comercial uruguayo*, Ed. FCU, 2006, vol. 4, t. 1, p. 156.

través de una mejora de precios o disminución de costos por vía de eficiencia en la distribución o reducción de precios o gastos en las adquisiciones conjuntas).

No participamos de esa interpretación. En primer término entendemos que la expresión "ganancias" abarca tanto los beneficios económicos directos como los indirectos. Está en la génesis del comercio y de la actividad empresarial el lograr eficiencia y por ende abaratar costos o lograr mejoras en los servicios y precios por insumos y uno de estos caminos es el accionar conjunto y coordinado de varias empresas ⁽⁸⁾. En segundo lugar, la propia ley societaria habilita la existencia de sociedades con objeto no comercial y por tanto no con el propósito de obtener ganancias en el sentido de beneficios económicos y repartibles en dinero. Por tanto el instrumento societario puede estar al servicio de patrimonios de afectación destinados a otros propósitos como los educativos o culturales o actualmente deportivos. Esto nos demuestra la idoneidad del instrumento societario y su polivalencia funcional ⁽⁹⁾.

9. En consecuencia una sociedad vehículo especial da cumplimiento a esta condición aún cuando su creación no estuviera presidida por un fin de obtener ganancias en el sentido económico directo sino para tornar más eficiente la distribución, por ejemplo. Unido a ello, entendemos que tal sociedad será válida aún cuando su estructura de costos pauté que ha sido creada para empatar, esto es, no dar ganancias ni pérdidas. La ausencia de este propósito queda sumergido dentro del criterio amplio de que las ganancias o beneficios sean de otra índole para sus partícipes.

La autonomía económica como presupuesto para la existencia de la sociedad

10. Se parte de la siguiente premisa: la independencia jurídica de la sociedad como sujeto de derecho, dice Manóvil, presupone también su autonomía patrimonial y económica. Esto significa que el

(8) Conf. Merlinski, Ricardo, ob. cit., p. 11.

(9) Conf. Olivera García.

presupuesto de su existencia es no solamente la separación patrimonial respecto de sus socios, sino, además, que el mismo es suficiente para una actividad productiva o económica viable, capaz de generar utilidades a ser distribuidas entre aquéllos ⁽¹⁰⁾. Ya nos hemos manifestado en cuanto al alcance amplio del concepto de utilidades, incluyendo beneficios por vía de economías. Ahora bien, cuando dicho patrimonio no es suficiente para esa actividad económica viable, entonces la doctrina ha entendido aplicable la consecuencia de la disolución de esa sociedad. La causal en cuestión es la imposibilidad de lograr el objeto social. Por ejemplo, sigue diciendo el autor citado, cuando el ejercicio del dominio sobre la sociedad dependiente sea de tal naturaleza que produzca un sistemático y masivo vaciamiento de la misma como empresa, allí se configuraría la desaparición del elemento causal de la sociedad y su disolución correspondería al amparo de la imposibilidad del logro del objeto social para la cual fue constituida. Se produciría de esa manera la desaparición de uno de los elementos base de la propia razón de ser de la sociedad: su causa-fin ⁽¹¹⁾.

Pues bien, trasladando la situación a la sociedad constituida con un propósito especial y como herramienta creadora de una patrimonio de afectación para un negocio determinado, no apreciamos que la autonomía patrimonial y económica sean presupuestos de la mera existencia de la sociedad como tal. Más bien a nuestro entender y con el debido respeto ubicamos el tema en el campo de la responsabilidad de la sociedad que ejerce ese control sobre la dependiente o de los accionistas que lo ejercen respecto tanto a los restantes accionistas minoritarios como a los terceros. En otros términos, la sociedad no depende en su existencia de esa viabilidad económica en tanto los accionistas que la constituyan soporten las pérdidas. Prueba de ello es que las causales de disolución que antiguamente operaban en el derecho uruguayo en forma automática y de pleno derecho trayendo consigo la disolución de la sociedad apenas se verificaban, ahora generada la casual será necesaria la previa declaración judicial para considerar a la sociedad en disolución. Este cambio aunado al criterio

(10) Manóvil, Rafael, ob. cit..

(11) Manóvil. ob. cit., p. 589.

legal interpretativo por el cual en caso de duda en la existencia de una causal de disolución se estará a favor de la subsistencia de la sociedad nos llevan a plantear que la viabilidad económica de la sociedad, si bien siempre deseable, no es axiomáticamente necesaria para su existencia y continuidad. De hecho son conocidas muchas sociedades –incluso estatales– que han demostrado ser económicamente inviables y que continúan en base a esfuerzos de sus accionistas y a que la norma en cuestión no opera en forma automática sino a pedido de terceros interesados, los que precisamente son puntualmente desinteresados por los accionistas.

A lo expresado cabe agregar en el caso de las SPV que estamos considerando que la referida causa- fin en este caso podrá no ser la habitual de todo socio, esto es obtener ganancias o un lucro, sino otra que podrá estar al servicio del emprendimiento como un todo, globalmente considerado. O sea, pérdida o no lucro por aquí para lograr beneficios por otro lado. En todo caso un tema de responsabilidad tanto de los que controlan a la sociedad como de los administradores de la mandante y de la dependiente. La pauta de la responsabilidad del administrador de hecho puede servir en esta instancia, sin perjuicio de considerar que la ley uruguaya societaria tiene regulación expresa en la materia.

La disolución por la imposibilidad de lograr el objeto social

11. Este aspecto está íntimamente vinculado con el anterior, ya que la imposibilidad de lograr el objetivo social generalmente conlleva a la pérdida de causa- fin que dio lugar a la constitución de la sociedad. En el caso téngase en cuenta que nos referimos a una sociedad con un objeto social específico o giro.

Se ha afirmado en doctrina que la imposibilidad en el logro del objeto social está dada tanto por elementos externos que hacen al objeto (cuando el mismo se hace material o jurídicamente imposible, por ejemplo) como también a circunstancias que implican la frustración de la organización o de la funcionalidad de la misma (por ejemplo, inactividad, conflictos societarios insolubles, o reiterados ejercicios sin que se produzcan ganancias). Y, Zunino, agrega precisando los anteriores ejemplos que por explotación antieconómica debe entenderse tanto aquella que arroja pérdidas constantes como

la que simplemente no produce ganancias ⁽¹²⁾. Pues bien, bajo esta apreciación se podría concluir en que toda sociedad, y por tanto aquella de propósito especial como la SPV, en tanto no registra ganancias debe disolverse por imposibilidad de lograr el objeto social. En general los ejemplos de este tipo de sociedades apuntan a no dar ganancias, ya que su esquema de costos e ingresos así está organizado. Su finalidad es otra, insistimos, la instrumental.

12. No participamos de esta opinión, ni creemos que le sea aplicable a la sociedad con propósito específico.

a) Las causales de disolución no son de aplicación automática sino que dependen de la declaración judicial previa, pudiendo los socios reaccionar capitalizando la misma para así salvaguardar la sociedad.

b) Se debe tener presente el principio protector de la subsistencia de la sociedad, que la ley manda considerar a la hora de interpretar la producción o no de una causal.

c) La imposibilidad del logro del objeto social deberá ser total, permanente y definitiva, y como afirma la jurisprudencia, de tal magnitud que al producirse se frustre la permanencia del vínculo social ⁽¹³⁾. Pues bien, si los accionistas o el accionista que conforma la SPV está conteste en que la estructura de la sociedad no ha sido generada para dar ganancias en el sentido de un lucro económico sino beneficios de otra naturaleza, entonces la causal de pérdidas económicas o de explotación antieconómica no tendrá ni la sorpresa ni la relevancia como para dar por frustrado el vínculo entre los socios ni desaparecerá la causa o fin para que los socios hayan constituido la sociedad.

d) Cuál es el objeto a lograr en esta SPV. Si es la generación -lícita- de un patrimonio de afectación para un negocio determinado entonces el objetivo se estará materialmente realizando con la tenencia de ese patrimonio de afectación -a pérdida o con no ganancia según

(12) Zunino, Jorge, *Disolución y liquidación de sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1987, t. 2, ps. 74 y 82.

(13) Conf. Verón, Alberto, *Sociedades comerciales*, Astrea, Bs. As., 1991, t. 2, p. 215.

lo dispongan sus accionistas- y culminará cuando el negocio específico llegue a su fin. Estamos pensando en una sociedad que específicamente se haga cargo de la distribución de productos, cuya sociedad hermana fábrica, y hacer dicha distribución con un margen muy pequeño de utilidad o sin ella, en beneficio de la fabricante. En tal caso, ¿por qué habría de disolverse si está ejecutando su objeto social? Por el contrario, si la referida operación causara perjuicios a terceros, ya estará para ello el esquema de responsabilidad y la desestimación de la personería jurídica societaria.