

COMISION I.2:**CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO MODERNO.**

Personalidad y Tipicidad. Empresa unipersonal. Sociedad unipersonal. Unificación del Derecho Societario Argentino

NUEVAS EVOLUCIONES EN LA PERSONALIDAD JURÍDICA**Y LA RESPONSABILIDAD VELADA EN EL****DERECHO SOCIETARIO Y CONSORCIAL ALEMÁN**

Dr. Roland Bomhard

La finalidad de este Congreso es examinar las evoluciones actuales de la organización empresarial y desarrollar propuestas de solución para su transposición en derecho y ley tanto a nivel nacional como internacional. Para ello se ha decidido partir del derecho comparado por lo que las experiencias alemanas pueden resultarles útiles. En los últimos 25 años el derecho societario ha evolucionado de forma vertiginosa en nuestro país, aunque no se expresa tanto en medidas legislativas. Así por ejemplo, la ley sobre sociedades de responsabilidad limitada del 20 de abril de 1892 sólo ha sido modificada en once ocasiones en los últimos 25 años. De ellas, cuatro se referían a reformas penales, una a la reforma del tutelaje y otras cinco a la transposición en derecho nacional de normas de las comunidades europeas (CE). No, ha sido y es la jurisprudencia la que ha hecho avanzar el derecho societario en Alemania. Se ha atrevido incluso a tocar los pilares del derecho societario, la personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad de las sociedades de capital. Incluso ha llegado a decidir contra legem. Por tanto la evolución es extremadamente dinámica ya que prácticamente puede decirse que cada sentencia sobre estos temas lleva a nuevas conclusiones. Paso ahora a examinar con Uds. la evolución del derecho societario y la situación actual:

I. PUNTO DE PARTIDA: LAS FORMAS BÁSICAS DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES. PERSONALIDAD JURÍDICA Y RESPONSABILIDAD

1. La sociedad colectiva

La forma más antigua de sociedad mercantil es la sociedad colectiva (*offene handesgesellschaft*). Según § 105 HGB (Código de Comercio alemán)

V Congreso Argentino de Derecho Societario,

I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa

(Huerta Grande, Córdoba, 1992)

La S.C. no tiene personalidad jurídica propia. Se trata de una mancomunidad; por tanto tiene independencia jurídica en cuanto puede ser sujeto de derechos y obligaciones además de tener capacidad procesal y de quiebra (§ 124 HGB). Los socios son responsables personalmente de las obligaciones contraídas por la sociedad (§ 128 HGB). La responsabilidad es primaria, es decir independiente de la responsabilidad de la sociedad, sin previa excusión de los bienes sociales, ilimitada y solidaria. Puede exigirse simultáneamente responsabilidad a la sociedad y a los socios.

Tampoco a nivel de impuestos sobre la renta la S.C. es sujeto jurídico independiente sino que aparece como comunidad de empresarios (§ 15 apdo. 1 N° 2 EStG o ley del IRPF). Por tanto las ganancias de la sociedad se consideran ganancias (proporcionales) de sus socios y deben ser declaradas por éstos.

2. La sociedad comanditaria o en comandita simple

La sociedad en comandita (*kommanditgesellschaft*) es una modificación de la S.C. y en ella se distinguen dos tipos de socios: el socio colectivo, que responde personalmente y de forma ilimitada y el socio comanditario que en principio responde de forma limitada; con el capital aportado. A la sociedad en comandita se aplican en gran medida las regulaciones de la S.C. (§ 161 apdo. 2 HGB). Tampoco la sociedad en comandita tiene personalidad jurídica propia.

Tampoco es sujeto de derecho a efectos fiscales. Las ganancias obtenidas se consideran obtenidas por los socios y éstos deben tributar por ellas.

3. La sociedad de responsabilidad limitada

La sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) es una sociedad compuesta por uno o varios socios con personalidad jurídica propia y un capital social dividido en participaciones sociales. En la práctica es la forma más usada. Puede ser utilizada para cualquier fin lícito, sea o no mercantil.

La S.R.L. es una persona jurídica y como tal tiene derechos y obligaciones propios (§13 apdo. 1 GmbH Gesetz o ley GmbH). De acuerdo con § 13 apdo. 2, solamente el patrimonio de la sociedad responde por las obligaciones contraídas por la sociedad.

4. Sociedad Anónima

La Sociedad Anónima (*Aktiengesellschaft*) fue desarrollada a finales del siglo XIX. Es una sociedad con personalidad jurídica propia (§ 1 apdo. 1.1. AktG). Por las obligaciones de la sociedad responde el patrimonio social. El capital social se divide en acciones.

Puede resultarles interesante saber que la sociedad anónima es una corporación y en el sistema jurídico se integra en la categoría de las asociaciones. Por ello la jurisprudencia aplica subsidiariamente a hechos no regulados en la ley de sociedades anónimas el derecho de asociaciones.

II. LA EVOLUCIÓN DE ESTAS FORMAS JURÍDICAS

1. Huída de la S.C. (oHG) hacia la GmbH & Co KG

En el tráfico mercantil la S.C. (oHG) es una forma jurídica especialmente apreciada y respetada porque los socios se responsabilizan de forma ilimitada del riesgo comercial. Pero ha sido precisamente esta peculiaridad la que ha llevado a un descenso drástico de su utilización en la vida mercantil. La práctica jurídica prefiere hoy una forma atípica surgida de una mezcla de tipos, la GmbH & Co. Se trata de una sociedad personalista (oHG o KG) en la que el o los socios colectivos son sociedades con responsabilidad limitada. Parece una contradicción grave: la administración y gestión de una sociedad personalista están en manos de una sociedad de responsabilidad limitada. El único socio que responde de forma personal e ilimitada es una sociedad de capital que, por definición, solamente responde de forma limitada. La jurisprudencia alemana ha reconocido esta creación artificial -al contrario que otros muchos países europeos (RGZ 105, 101 ss.; BayOb OLG 27, 331; Kammergericht DJZ 1913, 1500). A más tardar en los años 60 la práctica judicial superó los reparos de la doctrina respecto a la admisibilidad de esta forma societaria.

El gran éxito de esta forma societaria se debe especialmente a que combina las ventajas de una limitación de la responsabilidad de los socios con las ventajas de su tributación individual.

El legislador entre tanto se limitaba a observar. En 1980 reconocía esta forma societaria modificando e introduciendo una serie de normas mercantiles (§ 19 apdo. 5, 125a, 129a, 130a, b, 172 apdo. 6, 172a, 177a HGB). Se trataba exclusivamente de garantizar que el público conociera la limitación de la responsabilidad de los socios.

2. La importancia descendente de la sociedad anónima

El número de sociedades anónimas ha descendido en Alemania desde 1900 a menos de la mitad (confr. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, § 26 apdo. 2 con referencias adicionales). Hoy en día existen en Alemania unas 2.300 sociedades anónimas y sociedades en comandita por acciones. Las menos son independientes. La mayoría están de algún modo unidas con o vinculadas a otras sociedades.

La disminución de la importancia económica de la sociedad anónima puede ser atribuida a varios factores. Principalmente se deberá a la regulación perfeccionista de este tipo societario (más de 400 artículos) y al inmovilismo que así se produce.

En su fundación deben participar al menos 5 personas que deben suscribir un capital social mínimo de 100.000 DM (\$ 70.000, aproximadamente). Las normas de conservación del capital social son rígidas. El proceso de decisión es muy lento en ocasiones e incluso la administración cotidiana puede resultar extremadamente compleja. Además la sociedad anónima está sujeta a una normativa de publicidad muy estricta.

Por tanto, esta forma societaria es -en su configuración actual- adecuada únicamente para grandes empresas.

3. El éxito de la sociedad de responsabilidad limitada

En cambio la S.R.L. ha triunfado plenamente en este siglo. Actualmente hay unas 400.000 sociedades inscriptas en el registro mercantil. Por tanto por cada sociedad anónima existen unas 150 sociedades de responsabilidad limitada. Este éxito no se debe a un especial favorecimiento por el legislador sino exclusivamente a que ha sido esta forma societaria la que mejor ha sido capaz de llevar a la práctica los intereses mercantiles. La S.R.L. se funda rápidamente, se maneja de forma sencilla y hasta el momento ha sido capaz de satisfacer el deseo de excluir la responsabilidad personal de los socios.

La S.R.L. tiene una peculiaridad: no depende de la existencia de varios socios para su formación. Esto condujo a la fundación de un gran número de *Einmanngesellschaften* (sociedades unipersonales). Una reforma legislativa del año 1980 (ley del 4/julio/1980 BGB1. I 836) aceptó definitivamente esta forma jurídica atípica. También aquí la jurisprudencia había alisado el camino. Con la forma de la GmbH unipersonal las empresas podían reducir la responsabilidad por sus actividades a discreción. Solamente necesitaban crear una GmbH por rama empresarial. Si esa rama no funcionaba bien, bastaba con

liquidar la GmbH creada para ella. Las demás ramas de la empresa seguían existiendo. Actualmente, la GmbH unipersonal ha alcanzado una dimensión europea: la directiva del 21 de diciembre de 1989 (B.O.C.E. N° L 395 del 30/12/89) obliga a los estados miembros de la C.E. a introducir la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal.

4. Grupos de empresas. El derecho consorcial de las sociedades anónimas

Muy pronto el legislador se dio cuenta de que la S.A. raramente funcionaba de manera aislada. Personalidad jurídica y responsabilidad limitada al patrimonio societario eran artificios cuando la sociedad anónima no era la empresa en sí sino sólo parte de un grupo. La realidad económica forzaba así a un nuevo enfoque jurídico. El legislador alemán respondía a esta necesidad con la introducción de reglas consorciales dentro de la reforma del derecho de sociedades anónimas de 1965. Reconocía así que la sociedad anónima aun siendo una persona jurídica independiente podía estar integrada en una situación fáctica económica diferente, en una empresa. Se intentó reflejar esta situación fáctica mediante criterios jurídicos, partiendo de conceptos como *dominio e influencia*. Intentaré explicar la concepción alemana de forma simplificada:

Si una empresa participa mayoritariamente en una S.A. se presume que la S.A. depende de dicha empresa. En caso de dependencia ambas empresas deberían por regla, firmar un contrato empresarial (§ 291, 292) o integrar la sociedad dependiente en la dominante (§ 319 y ss.) (*grupo contractual*). De existir una relación de dependencia sin que se llegue a ninguno de los acuerdos precitados se aplicarán los 311 a 318 (*grupo de hecho*).

Con la firma de un contrato empresarial se legaliza la influencia de la empresa dominante sobre la sociedad anónima dependiente. Los socios minoritarios y los acreedores de la sociedad dependiente reciben protección mediante el pago de una compensación por parte de la sociedad dominante a la dependiente y de una compensación adecuada a los socios minoritarios. De iure se mantiene pues la personalidad jurídica de las sociedades; acreedores y socios minoritarios no pueden actuar directamente contra la sociedad dominante. Únicamente pueden exigir que la sociedad dominante ponga a disposición de la sociedad dependiente los medios necesarios para que ésta cumpla sus obligaciones frente a acreedores y pequeños accionistas. Esta regulación tan rebuscada ha llevado a que pocas sociedades firmen contratos de este tipo.

En los casos en que no existe contrato (*grupo de hecho o fáctico*) se prohíbe

a la empresa dominante inducir a la dependiente a realizar negocios jurídicos perjudiciales. Con una excepción: si la empresa dominante compensa durante el mismo año contable los perjuicios producidos. Si la empresa dominante no cumple esta condición los miembros de su Consejo de Administración serán solidariamente responsables por los daños causados a la sociedad dependiente (§ 317 ley de sociedades anónimas).

Este modelo, introducido por la reforma de la LSA, aparentemente tan ventajoso para acreedores y accionistas sólo ha podido ser llevado a la práctica de una forma debilitada. Esto se debe entre otras razones a que el modelo sólo es válido para sociedades anónimas como sociedades dependientes. En la práctica, las empresas optaron por utilizar otras formas jurídicas, especialmente la GmbH, a las que no se trasladó el modelo dada su complejidad y poca efectividad.

III. EL DESARROLLO MÁS RECIENTE: LIMITACIÓN DE LA IRRESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DE SOCIEDADES CAPITALISTAS, ESPECIALMENTE DE LAS GMBH

Hemos visto ya que la jurisprudencia alemana se mostró generosa frente a las nuevas y atípicas formas societarias durante este siglo. Permitió a las empresas una mayor libertad de movimiento y, lo que es más importante, les dio la posibilidad de limitar su responsabilidad a placer mediante la utilización de una sociedad capitalista con personalidad jurídica propia. De este modo, las empresas pueden proteger ramas empresariales frente a los acreedores.

Desde hace aproximadamente 15 años la jurisprudencia ha comenzado a desandar lo andado. En el ámbito del derecho de la GmbH no hay todavía base legal para ello y sólo resulta posible gracias a la aplicación analógica de la normativa para las sociedades anónimas anteriormente descrita. La finalidad de la jurisprudencia parece ser la reducción de la libertad de configuración para evitar las consecuencias jurídicas negativas que se producían a socios minoritarios y acreedores ajenos a la sociedad. Con este fin ha desarrollado una amplia casuística

1. Infracapitalización

Las leyes prevén para diversas formas societarias unos determinados capitales mínimos. En el caso de la GmbH el mínimo actual es de 50.000 DM (\$ 35.000 aproximadamente) (§ 5 ley GmbH). Por otra parte, las leyes sobre

sociedades capitalistas contienen una serie de normas tendientes a mantener el capital mínimo. Así no se permiten reembolsos de capital a los socios (§ 30 ley GmbH). Si en lugar de aportar capital a la sociedad los socios han optado por concederle un préstamo no se les permite exigir la devolución del préstamo en caso de quiebra de la sociedad (§ 32a ley GmbH). Si la sociedad devolvió el préstamo en el año anterior a la declaración en quiebra el socio tiene la obligación de poner la cantidad abonada a disposición de la masa activa (§ 32b ley GmbH).

Sin embargo ninguna norma obliga a aumentar el capital social mínimo de 50.000 DM, se trata de una decisión libre del o de los socios fundadores. Y es aquí donde la jurisprudencia reciente ha dado un paso importante: el o los socios responden de acuerdo con § 26 del Código Civil (daño intencionado contrario a las buenas costumbres) si crean o usan la sociedad con el fin evidente de que ésta lleve los riesgos y sin dotarla de los medios suficientes para hacer frente a sus obligaciones mientras que las oportunidades pueden beneficiar únicamente a el o los socios (BGH NJW 1979, 2104). En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Federal Superior (BGH) en otra sentencia (NJW 1983, ps. 600, 670), de acuerdo con la cual el socio único y gestor único de la GmbH responde por culpa *in contrahendo* al no informar al acreedor comercial de que la GmbH no estaba en posición de cumplir su obligación frente a él con los medios disponibles. Esta idea es válida al menos para una relación comercial a largo plazo con un proveedor.

2. Deber de fidelidad del socio mayoritario frente a los socios minoritarios en el derecho de la GmbH

En la GmbH es la junta de socios la que define el interés societario. A través de ella los socios pueden instruir de forma vinculante a los gerentes en todo momento sobre cualquier cuestión. En consecuencia el gobierno de la mayoría es prácticamente absoluto en la GmbH. De ahí la necesidad de proteger a los socios minoritarios, ofreciéndose para ello la aplicación analógica del instrumental de la ley de sociedades anónimas anteriormente descrito.

El BGH no ha optado por esta solución. En una conocida sentencia de 1975 (BGHZ 65, 15) ("ITT") estableció el llamado deber ampliado de fidelidad del socio dominante frente a la sociedad y sus socios. El fin de este deber de fidelidad es respetar el fin común y los intereses legítimos de los socios en todas las medidas tomadas por la sociedad. Contra este deber atentaría el socio mayoritario con medidas que dañan a la sociedad o recortan de manera injustificada los derechos de los socios minoritarios. La responsabilidad se

aplica según 43 ley GmbH, análogamente a la responsabilidad del gerente.

En el caso concreto se trataba de *Management-fees* que la sociedad dependiente tuvo que entregar a otra sociedad del grupo del socio mayoritario (ITT) sin recibir una contraprestación tangible. El BGH condenó al socio mayoritario a reembolsar las provisiones al patrimonio social.

Esta tendencia jurisprudencial se confirmó con diversas sentencias en años sucesivos: BGHZ 80, 69, 74 ss. "Süssen"; BGHZ 89, 162, 166 ss. "Heumann/Ogilvy"; BGHZ 95, 330, 340 "Autokran".

El derecho pertenece a la sociedad aunque las sentencias precitadas permiten a los socios ejercitarlo en nombre y a favor de la sociedad.

3. Responsabilidad en grupos fácticos cualificados (*qualifizierter faktischer Konzern*)

a. La evolución actual del derecho de las GmbH se centra en el *grupo fáctico cualificado*. Este concepto artificial comprende situaciones muy diversas, especialmente las siguientes:

-La gestión de una GmbH unipersonal por un comerciante que gestiona también otros negocios;

-La gestión de la sociedad dependiente como departamento de una empresa;

-Identidad de gerencia de las sociedades dependiente y dominante.

b. El BGH hace hincapié en la influencia constante e importante de la empresa dominante. En un juicio el acreedor o socio minoritario dañado deberá probar la influencia constante de la empresa dominante. Los requisitos de esta prueba son bajos. De hecho, en una sentencia de 1989 (BGHZ 95, 330, 345 s.) ("Autokran") se presumió la existencia de un grupo fáctico cualificado por la mera combinación de una serie de supuestos. En una sentencia recientísima del 23 de setiembre de 1991 (ZIP 1991, 450) ("Video") el BGH consideró suficiente que el gerente de la GmbH era asimismo socio único o mayoritario y que realizaba actividades mercantiles también fuera de la sociedad.

c. La consecuencia jurídica de un grupo fáctico cualificado es la obligación de compensación de pérdidas en aplicación análoga de §§ 302, 303 de la ley de sociedades anónimas. De este modo se impide la aplicación del principio de limitación de la responsabilidad al patrimonio social (§ 13 apdo. 2 ley GmbH), obligándose al socio influyente a asumir las pérdidas de la sociedad. El BGH no se ha pronunciado todavía sobre si el socio debe soportar las pérdidas totales de la GmbH o solamente hasta una cantidad equivalente al

capital social (confr. sentencia Video, ZIP 1991, 1354, 1358).

d. La empresa dominante e influyente puede exculparse de esta obligación si demuestra que las pérdidas ocurridas se deben a circunstancias ajenas a la utilización del poder de decisión. Casos así serían una recesión general o sectorial (BGHZ 107, 7, 20 "Tiefbau"), quiebras imprevisibles de deudores, accidentes que llevan a responsabilidades no estimables o casos fortuitos.

e. La obligación de responder por las pérdidas existe en principio sólo frente a la sociedad dependiente. Los acreedores ajenos a ella sólo tienen un derecho directo contra el socio dominante si su pretensión frente a la sociedad dependiente resulta irrealizable (BGHZ 95, 330; BGH ZIP 1991, 1354). Esto ocurre regularmente en caso de quiebra de la sociedad dependiente.

f. La jurisprudencia aplica estas reglas también frente a socios extranjeros dominantes. Así en el "caso ITT" el BGH no hizo mención siquiera de la circunstancia de que la sociedad influyente estaba domiciliada en los EE.UU. y no en Alemania.

Al parecer partió de que era evidente que debían aplicarse las mismas reglas a esta sociedad, que influyó sobre sociedades alemanas, que las que se aplicarían a empresas alemanas.

Ustedes, damas y caballeros, deben pues contar con la posibilidad de que sus clientes sean responsables de las deudas de sus filiales alemanas -aunque éstas estén constituidas como sociedades de responsabilidad limitada- si influyen en su gerencia.

4. Conclusiones

En mi opinión deberíamos llegar a las siguientes conclusiones

1. En Alemania ha sido y sigue siendo el poder judicial el que hace evolucionar el derecho societario de manera más rápida y flexible. El precio que se paga por ello es una mayor inseguridad jurídica.
2. La personalidad jurídica y la limitación de la responsabilidad se han convertido en conceptos relativos en Alemania. Por una parte las sociedades personalistas sin personalidad jurídica propia pueden en gran medida definir la amplitud de la responsabilidad de sus socios colectivos mediante la incorporación de sociedades capitalistas. Por otro lado las sociedades capitalistas no siempre responden sólo con el patrimonio social; en los casos anteriormente descriptos los socios de una GmbH deben contar con la posibilidad de tener que responder por las deudas de ésta, dependiendo su responsabilidad o no de una evaluación de su

influencia que realizará el juez. La justicia del caso concreto obtiene así una importancia mayor que la seguridad jurídica.

3. Las soluciones alemanas me parecen recomendables solamente de forma limitada. Son complicadas y su puesta en práctica no siempre es posible. Han surgido de las circunstancias específicas de Alemania y por tanto no son fácilmente trasplantables.

Düsseldorf, 30 de setiembre de 1992