

2)

IV CONGRESO DE DERECHO SOCIETARIO

TEMA II: RESPONSABILIDAD EN MATERIA SOCIETARIA

MARCELO URBANO SALERNO

Los daños derivados de la frustración societaria

MENDOZA - 1986

**FALTA PÁGINA**

## INTRODUCCION

1.-La palabra responsabilidad tiene distintos alcances en el derecho privado.

2.-Uno de ellos consiste en aludir a la situación del deudor cuando no satisface la prestación específica que hace al objeto de su obligación. En este caso, la persona obligada responde con su patrimonio, ya que el conjunto de sus bienes constituye la "prenda" general y común de su acreedor. Esta consecuencia ineludible del vínculo civil actúa desde el momento mismo de su nacimiento, aunque opera en una etapa ulterior, en su función objetiva de garantía.

Es conocido también el distingo hecho por la doctrina, sobre la base del aporte germánico, entre schuld (deuda) y haftung (responsabilidad). Su aplicación permite apreciar con mayor nitidez fenómenos jurídicos propios de ciertas relaciones de crédito, en las cuales un no deudor debe afrontar en posición extrema el débito ajeno.

3.- En derecho también se emplea la palabra responsabilidad para aludir a la causa de una indemnización debida por un sujeto. Entonces se hace referencia a un supuesto contractual, el resarcimiento basado en daños derivados de la inejecución de un contrato; o a un supuesto extracontractual, el llamado daño injusto originado por una conducta reprochable o por la asunción de riesgos. En ambas hipótesis se impone una sanción resarcitoria respecto de quien incumplió con su deber de no dañar al prójimo, transgrediendo de ese modo normas imperativas.

4.- Pueden apreciarse los matices diferenciales existentes entre los dos significados que tiene el vocablo responsabilidad. Por un lado, se está ante el poder de agresión del acreedor para hacer efectivos sus derechos sobre el patrimonio del deudor, cualquiera sea la fuente de su crédito. Por otro lado, se

trata de afrontar las consecuencias disvaliosas de un proceder censurable.

5.-En la ley de sociedades argentina se utiliza la palabra responsabilidad en los dos sentidos señalados. Es así cómo se la emplea en función de garantía a fin de establecer los casos en que los socios deben hacerse cargo solidariamente de las deudas de la sociedad (véase, por ejemplo arts. 23,32,34,56, 75,78,125 y cc.ley 19550 con sus respectivas reformas ).

Acaso aquí se introduzca una excepción al principio de que el patrimonio de la persona jurídica es distinto al de los miembros que la integran, sentado en el art. 39 Cod. Civ., el cual se observa claramente en las sociedades de capital. Lo que demuestra que no siempre hay simetría en las soluciones y que los límites conceptuales a veces se flexibilizan. De todos modos, las normas citadas indican que la excepción prevé hipótesis singulares, donde el rigor de la ley hace posibles a quienes transgreden sus postulados de responder con sus bienes personales en determinadas situaciones, recurriendo a la clásica figura de la solidaridad.

Pero, además, el término indica también las hipótesis en que socios o administradores deben resarcir los daños que ocasionen con motivo de sus actividades (véase, por ejemplo, arts. 46,54,59,81,133 y cc. ley cit.); ello es aplicable en el orden contractual y el extracontractual.

6.-Estas salvedades terminológicas, son útiles para precisar el alcance de las palabras empleadas por el legislador.

7.-Sobre la base de las ideas expuestas, de seguido, se analizarán problemas puntuales vinculados a la frustración del contrato de sociedad, ya sea porque éste no llegó a celebrarse con las formalidades requeridas, o porque después de suscripto ese contrato se evidencian defectos constitutivos que lo invali

3.

dan. En definitiva, se trata de examinar las consecuencias patrimoniales producidas por esa frustración.

El plan a desarrollar comprende dos partes, a saber:

- I.- La sociedad nonata.
- II.- La sociedad inválida.

4.-

I.-LA SOCIEDAD NONATA

8.-El primer orden de problemas se plantea con las sociedades que no llegan a constituirse definitivamente con todos los atributos legales. Cuando alguna de las partes interesadas desiste de celebrar el contrato respectivo de constitución, se malogran expectativas que tornan necesario establecer las responsabilidades inherentes a esa frustración. De algún modo se causan entonces daños patrimoniales cuyo resarcimiento resulta ineludible.

9.-Varios son los pasos que se dan para dar vida a una sociedad, desde las conversaciones iniciales y los proyectos más o menos elaborados, hasta la promesa formal de constituirla. La gama de situaciones a presentarse -con matices diferenciados- requiere una respuesta adecuada a sus características particulares.

a) la ruptura intempestiva de las negociaciones

10.-Por lo general, la sociedad no se concreta en un solo instante, sino que su creación insume un tiempo durante el cual los eventuales socios desarrollan múltiples negociaciones preliminares. Existe, pues, un período de formación donde tienen lugar una serie de actos preparatorios tendientes a materializar las iniciativas a emprender en común. En ese lapso se suceden muchas conversaciones e intercambio de opiniones. A veces- se avanza algo más mediante la redacción de ciertos documentos no vinculantes, como ser correspondencia, memorandums, borradores y cartas de intención. Además, pueden haberse encomendado algunos trabajos a terceros, para analizar aspectos fiscales, contables y jurídicos, o bien tratando cuestiones relativas al mercado y estudios de factibilidad. Nada se improvisa en materias que requieren el concurso del capital y del trabajo, siendo indispensable contar con suficientes elementos de juicio a fin de adop

tar decisiones trascendentales. El consentimiento necesario para perfeccionar la relación societaria está basado normalmente en el estudio sereno y reflexivo de la actividad a realizar.

11.-Este período previo se caracteriza por ser la etapa de gestación de la idea -incluso a través de ciertas variables -aunque no se alcance a formular una oferta en firme. La intención compartida por los negociadores es clara e inequívoca, si bien no se han puesto todavía de acuerdo acerca de todos los elementos tipificantes, generales y específicos para poder considerar constituida a la entidad. Sin embargo, en su transcurso se llevan a cabo las negociaciones para ajustar los distintos intereses en juego y concordar los fines a cumplir. Paciente y trabajosa labor que insume tiempo y costos materiales, la cual se desarrolla en un plano de buena fe y sinceridad, configurándose, así un pacto sobreentendido por las partes de negociar.

Ese pacto tácito no puede ser alterado intempestivamente, para poner término en forma abrupta a las gestiones realizadas. Porque, si se da esa circunstancia, se viola el convenio de negociar en sí mismo, desde que no resulta exigible la mera intención de contratar. Esta ruptura unilateral impone a su autor el deber de resarcir los perjuicios que provoque a las demás partes. Desde ya que los participantes son libres de retirarse de las negociaciones cuando lo estimen conveniente para sus intereses; aquello que es censurable es el retiro que toma desprevenido a otras personas en momentos en los cuales éstas efectúan gastos.

12.-El tema -ya estudiado por la doctrina desde el siglo pasado- permite diversos enfoques interpretativos. Más allá de la polémica sobre los fundamentos del deber de indemnizar, (si es de naturaleza contractual, precontractual, extracontractual, o abusiva), importa probar la culpa del supuesto responsa

ble. En cuanto a los perjuicios, la frustración sólo autoriza a demandar el resarcimiento del llamado daño al interés negativo, a menos que hubiese mediado dolo en el agente, en cuyo caso habría que afrontar además la pérdida de la chance de las ganancias susceptibles de haber obtenido; el llamado daño moral también podría ser admitido.

b) el proyecto de sociedad

13.-Es probable que las conversaciones procuren formalizarse en algún documento escrito donde consten bases mínimas de entendimiento para la sociedad en miras de constituir o se indique el cuadro de las posibles variantes. Pero ese instrumento es mantenido en reserva, como un papel de trabajo, sin exteriorizarse a terceros. Allí consta una voluntad declarada por las partes de asociarse bajo determinadas condiciones, sin que hasta ese momento se haya coincidido; vale decir, se continúa en una etapa preliminar que se califica como proyecto.

14.-Con el proyecto no se crean específicas obligaciones societarias, aunque signifique un avance en la negociación relativa a crear una nueva persona jurídica. No obstante lo expuesto en la hipótesis de fusión de sociedades, el legislador alude al compromiso previo, disponiendo que contendrá "el proyecto de contrato" (art.83, ley 19550).

15.-Ese acto puede ser una oferta dirigida a los posibles socios a fin de que éstos la acepten o la rechacen; en ese caso, es una manifestación unilateral de la voluntad. Rigen en la especie disposiciones del derecho común, con los alcances de los arts.1155 y 1156 Cod.Civ..Se trata de dos supuestos: 1) indemnización de pérdidas e intereses" a favor del proponente, si el aceptante se retractare luego de que su aceptación hubiese llegado a conocimiento del primero; 2) resarcimiento por gastos efectuados y pérdidas sufridas a favor del aceptante, en caso de que el proponente retractare su oferta, sin que aquél tuviese noticia



7.-

anterior a su aceptación.

16.-Puede tratarse, también, de un acto bi o mul-  
tilateral, en cuya hipótesis habrá que indagar cuidadosamente  
la voluntad expresada por los signatarios del instrumento a  
fin de establecer la naturaleza de dicho acto y los efectos sus-  
ceptibles de producir.

17.-El paso dado por las partes no deja de tener  
su trascendencia, aunque el acuerdo en sí mismo no está conclui-  
do y quedan todavía por delante algunos detalles a ajustar. Se  
ha trazado un esquema de la entidad imaginada, del cual los in-  
teresados desean dejar debida constancia para las futuras conver-  
saciones, estableciendo así un método a seguir en adelante. Sin  
embargo, la estructura montada resulta frágil, pudiéndose modi-  
ficar el esbozo concebido y las estipulaciones programadas cuan-  
tas veces se quiera. Asimismo es factible que se abandone la i-  
niciativa, luego de infructuosos diálogos, sin consecuencias pa-  
trimoniales si se lo hiciere de consuno. En un mero proyecto,  
suele preverse la posibilidad de su denuncia unilateral, de ma-  
nera de dar libre acción a los promotores sin comprometerlos  
con excesivo rigor. De todas maneras, el abandono no debe ser  
intempestivo, ni causante de daños. Si esto último llegase a  
suceder, es aplicable lo dicho anteriormente en el apartado b),  
en cuanto a la prueba de la culpa y los perjuicios a reparar;  
pero, situaciones como la descripta, pueden ser contempladas  
por anticipado con cláusulas penales objeto de un pacto especial  
o, acaso, estipular una señal si se produjere el arrepentimien-  
to.

c) la promesa de sociedad

18.-En una última faz de las negociaciones lleva-  
das a cabo, los interesados pueden decidirse a celebrar una pro-  
messa de constituir una sociedad. Es la culminación de las gestio-  
nes, donde quedan delineadas las cláusulas estatutarias, culmi-

nando así el período formativo. Se ese modo los futuros socios, ya han prestado su consentimiento cuya voluntad finalmente se concretó en una declaración común. Sin embargo, todavía no materializaron el contrato societario.

19.-Llamada también protocolo de acuerdo, la promesa contiene todos los elementos esenciales y antecedentes necesarios para suscribir el contrato definitivo. Este acto es un convenio en virtud del cual las partes estipulan crear en el futuro una nueva persona ideal, conforme las bases allí especificadas. Sólo resta sujetar la convención a las formalidades requeridas por la ley. Los promitentes se han obligado a otorgar todos los instrumentos públicos y privados indispensables para realizar la constitución del nuevo ente, y cumplimentar todos los recaudos reglamentarios propios del caso. De manera que este antecontrato se encuentra en el umbral, listo para operar con plenos efectos, una vez satisfechas las exigencias de forma y publicidad.

20.-Concluida la instancia deliberativa y agotadas las discusiones, se elabora una oferta, en cuya aceptación participarán una o más personas; entonces nace un acto jurídico bi o multilateral (arts. 946 y 1148 Cod. Civ.). El instrumento que generalmente se suscribe tiende a dar estabilidad y seguridad a los interesados a fin de documentar las gestiones realizadas. Pero, además, procura producir ciertas consecuencias en materia de responsabilidad.

21.-Las apuntadas son las características positivas del acto, teniendo también cualidades negativas que permiten diferenciarlo de la sociedad en sí misma. En este último sentido, cabe señalar que carece de exteriorización frente a terceros, a quienes no resulta oponible, faltando integrar el capital con los aportes correspondientes.

Lo más importante es que la actividad societaria aún

no ha comenzado. En otras palabras todavía el ente societario no tiene vida, ni siquiera en forma irregular (arts. 21 y ss ley 19550, reformado por la ley 22903).

22.- Si bien está subordinada al otorgamiento del contrato definitivo, es una convención autónoma cuyo objeto consiste precisamente en constituir una sociedad. Ello importa reconocerle efecto vinculante entre las partes, aunque sin la intensidad del boleto de compraventa. No se trata de un contrato sujeto a una condición suspensiva, vale decir, pendiente de un acontecimiento futuro e incierto; en esta última hipótesis si se frustra el hecho condicional, ningún derecho se adquiere (arts. 528, 542, 545 y 548 Cod. Civ.), tal es el caso contemplado por el art. 173 de la ley 19550. Este pacto, para ser plenamente eficaz, depende pura y exclusivamente de la voluntad de los interesados en observar las formalidades legales. Pero, si alguno de ellos no lo hiciera, será un liso y llano incumplimiento, a causa del cual no se podrá perfeccionar lo acordado en la promesa. Esto último por imperio del espíritu formalista de una institución que busca amparar a los terceros en sus relaciones con la estructura jurídica de la empresa.

23.- Como las actividades contempladas no han tenido principio de ejecución, no existen aquí beneficios a repartir y pérdidas a soportar. En ello radica la diferencia con las sociedades en formación que ya se encuentran en funcionamiento (art. 36 ley 19550), en las cuales el patrimonio aparece comprometido, aunque carente de la matrícula registral habilitante si es de naturaleza mercantil (art. 7 ley cit.).

24.- Si se diese una situación de incumplimiento, por negarse alguno de los promitentes a ejecutar el compromiso contraído, el tema debe resolverse de acuerdo con las reglas del derecho común, desde que el régimen obligacional se encuentra establecido exclusivamente en el Código Civil.

En efecto; la ley de sociedades argentina -al igual que su similar francesa- carece de disposiciones específicas que regulen esta situación. En cambio, se ocupa del supuesto de las sociedades irregulares y contempla un mecanismo para su regularización (art.22 ley 19550, reformada por la ley 22903), requiriendo a ese fin el voto de la mayoría de los socios, facultando al retiro de los socios que se hubiesen opuesto. En verdad, ésta es una hipótesis de saneamiento de vicios formales para rescatar la estructura empresaria de su disolución. Aunque ese dispositivo tiene un fin práctico, el legislador no ideó una solución análoga en la materia objeto de este análisis, lo cual es indicativo de que ha quedado librada a las normas genéricas de orden civil. De ahí que en la especie sean de aplicación los arts.629,1184 inc. 3,1187 del código respectivo.

En ese sentido, el diagnóstico indica que se está ante un típico caso de inejecución de un débito de hacer, el cual no autoriza a seguir la vía forzada desde que ésta importaría ejercer violencia física sobre la persona del deudor. El vínculo creado - de naturaleza intuitu personae- presupone una voluntad constante y permante de colaboración de todos los socios entre sí tornándose imposible la exigibilidad compulsiva al efecto por su idiosincracia singular. Queda, pues, descartado el intento de elevar esta promesa a escritura pública, no sólo por ser incompatible con el affectio societatis requerido, sino porque se forzaría a integrar una sociedad a quien dejó de tener interés en su constitución. Por lo demás, ¿qué sentido tiene tornar más rigurosa la posición del promitente que desiste, cuando al miembro de una sociedad irregular se le confiere el derecho de pedir su disolución en cualquier momento?

Aunque no puede exigirse el cumplimiento de la promesa, los damnificados por ese hecho sí pueden solicitar la indemnización de los perjuicios sufridos. La culpa quedará confi

gurada por la simple inobservancia de lo acordado. Se abre a sí el campo resarcitorio para quien ve frustradas sus legítimas expectativas de constituir la nueva sociedad programada. En esto no existen mayores discrepancias.

En cambio, la materia se presenta dificultosa para establecer cuáles serán las consecuencias a reparar y qué abarcará la indemnización. Es necesario considerar que en principio se gira en la órbita contractual, siendo aplicable, pues, su respectivo régimen, que contempla tanto el daño emergente, como el lucro cesante. El primer rubro -repara el interés positivo- estará integrado por todos los costos derivados de la promesa (estudios preliminares, asesoramientos, sellados, viajes, ensayos, personal empleado, etc.). Pero, además, pueden darse casos donde los gastos se han originado teniendo en cuenta el funcionamiento de la nueva sociedad (compra de inmuebles, equipos, mercaderías u otros actos de disposición o de administración). Esto dependerá del nexos adecuado de causalidad que guarden esas inversiones con la frustración producida, y si el causante de éste tenía conocimiento de ellas; ello queda sujeto a la apreciación judicial según las pruebas aportadas. En cuanto, al segundo rubro se trata también de la posible ganancia dejada de obtener, siendo entonces un caso de pérdida de chance.

d) la promesa de regularizar a la sociedad irregular

25.- Existe un caso singular que merece alguna reflexión: cuando los socios de una sociedad irregular -la empresa ya está en funcionamiento- deciden regularizarla adaptando su estructura jurídica a algunos de los tipos previstos por la ley. A fin de que ello pueda materializarse es necesario otorgar el instrumento pertinente, cumplir con las formalidades del tipo adoptado y solicitar la inscripción registral. (art. 22 ley 19550, reformada por la ley 22903). La norma no prevé sanción alguna para la hipótesis de inobservancia de estos requisitos. Sin embar

go, nos encontramos ante una promesa de regularizar-ya no de constituir- cuyo incumplimiento traerá consecuencias que deben ser precisadas.

En este sentido, la conclusión no puede ser otra que la señalada en el apartado anterior: esta promesa es insusceptible de ser exigida coactivamente y dada la inejecución, procede disolver a pedido de parte la sociedad irregular no regularizada. Pero, además, cabrá reclamar al autor del incumplimiento el daño causado, conforme las pautas señaladas precedentemente.

## II.- LA SOCIEDAD INVALIDA

26.-Después de constituida una sociedad, contando ésta con personería jurídica y con patrimonio independiente al de los socios, puede verse frustrada por una causal invalidante. Es así como dejará de existir una estructura jurídica destinada a realizar los fines de una empresa. Esa invalidez, al producir la disolución de la entidad, plantea diversos problemas, el más importante consiste en liquidar los bienes societarios, una vez satisfecho el pasivo, siempre que aquéllos alcancen a cubrirlo. Pero, además, surge la cuestión de que los causantes de la nulidad deben reparar todos los daños y perjuicios ocasionados a los demás socios y a los terceros.

27.-Las soluciones que brinda la ley a estos problemas se basan en algunos principios generales y en ciertas reglas particulares para situaciones concretas. De ahí que la tarea del intérprete deviene compleja, frente a normas diversas a aplicar de distintos ordenamientos, debiendo recurrir a construcciones coherentes agrupando las figuras semejantes. Cuando el legislador no mantiene unidad de criterio, es misión de la doctrina esclarecer los temas y encontrar respuestas armónicas. El punto de partida en esta materia está en utilizar la clasificación tradicional de las nulidades para determinar los efectos atribuidos a cada especie. Ese es el marco de referencia con el cual hay que manejarse en este intrincado "laberinto".

28.-Va de suyo que una dificultad insoslayable la constituye la dicotomía "sociedades civiles" y "sociedades comerciales", con su diversa regulación legislativa. Respecto a las primeras, no hay duda que, además de las reglas que las gobiernan, son de aplicación las normas genéricas establecidas en el Código Civil para todos los actos jurídicos (el art.18 de ese cuerpo legal autoriza en los casos no previstos a recurrir a la analogía, de modo que la ley 19550 y sus modificaciones podría

19.-

llegar a ser de utilidad). Con referencia a las sociedades comerciales, la ley respectiva citada no alcanzó a instaurar un régimen pleno y sistemático de nulidad para éstas, pese al título que encabeza la sección III de su capítulo I; de manera que en dicho ordenamiento se consideran situaciones puntuales, quedando entendido que aquello no previsto especialmente está remitido a las disposiciones del derecho común.

29.-Al examinar el tema de la responsabilidad, con las dos direcciones que tiene el vocablo, se señaló que todo daño causado a una persona debe repararse. Si la disolución de una sociedad se produce con motivo de la ineficacia del contrato o por una razón sobreviniente, y ello ocasiona perjuicios a algunos socios y a terceros se impone una indemnización para resarcir el menoscabo económico sufrido.

30.-La cuestión también transita por el modo en que operan los efectos de la ineficacia en cada hipótesis en particular, ya que esas consecuencias darán la medida del resarcimiento. Para ello, conviene tener presente si la empresa estuvo en funcionamiento o no. Porque se plantea aquí el interrogante de si la nulidad retrotrae la situación al estado anterior, aplicando el aforismo latino "quod nullum est nullum producit effectum", o sí, en punto a las sociedades, se hace excepción por la naturaleza propia de la materia. Basta señalar que el legislador argentino no ha consagrado una única solución, sino que abrió un amplio espectro de posibilidades.

Una primera aproximación al tema indica que necesariamente habrá que examinar en forma separada el comportamiento de cada situación a fin de poder sentar algunas conclusiones. En virtud de ello, como labor preliminar es menester agrupar las distintas hipótesis por sus rasgos concordantes.

31.-Hay sociedades que el legislador reputa nulas, las cuales, por definición son consideradas de nulidad manifiesta



(art.1038 Cod.Civ.).Entonces no es necesario sentencia que así las declare, pues la ineficacia se opera ministerio legis, como si el contrato correspondiente no hubiese nunca existido (argumento del art.1046 Cod. Civ.).En el caso de las civiles, el juzgamiento previo no resulta necesario. En cambio, en las comerciales de objeto ilícito, que realizaren actividades ilícitas o de objeto prohibido, el texto legal indica que es preciso declarar la invalidez, lo cual se contradice obviamente con el régimen civil (arts.18,19 y 20 de la ley 19550) pero que representa la orientación más moderna del derecho comparado en miras a afianzar el principio de seguridad.

La característica común a todas estas cuestiones es que al constatarse la presencia de la causal nulificante se produce la disolución de la sociedad nula. Sin embargo, en todos los supuestos la liquidación no se lleva a cabo de la misma manera. En las sociedades civiles ilícitas, los socios no tienen acción entre sí para pedir la división de las ganancias o de las pérdidas, ni para reclamar los aportes efectuados (art.1659 Cod. Civ.). En cuanto a las sociedades comerciales, hay hipótesis diferentes. Las de objeto ilícito y las de actividades ilícitas, cancelado el pasivo y resarcidos los perjuicios causados, el remanente ingresa al Fisco; en las de objeto prohibido, el remanente se distribuye entre los socios de la manera usual.

Fuera de lo previsto en general, en materia de responsabilidad se encuentran disposiciones especiales para ciertos casos que contemplan quiénes responden y en qué consisten los daños y perjuicios a indemnizar. En las sociedades civiles ilícitas los socios son solidariamente responsables de todo daño resultante de los actos ilícitos practicados en común (art.1661 Cod. Civ.). En las sociedades comerciales de objeto ilícito, con actividad ilícita y de objeto prohibido responden los socios, administradores y quienes actúen como tales en la gestión social en forma i-

limitada, tanto por el pasivo societario, cuanto por los perjuicios causados. (art.18 ley 19550); en las sociedades con participaciones recíprocas, responden los socios fundadores, los administradores, los directores y los síndicos (art.32 ley cit.); en las sociedades que no se ajusten a los tipos legales, responden todos los socios que suscribieron el contrato (art.17 ley cit.). Los socios de buena fe-que así lo acrediten- no responden por las consecuencias derivadas de las sociedades con actividad ilícita.

En el caso de los terceros, éstos no pueden reclamar resarcimiento si participaron en la actividad ilícita. En sentido amplio están excluidos de todo reclamo los terceros de mala fe, o sea, los cómplices en la causal nulificante, bastando con demostrar que tuvieron noticia de la causal (argumento de los arts. 969 y 1660 Cod.Civ.).

32.-Asimismo, hay contratos societarios que tienen un defecto en virtud del cual son susceptibles de ser anulados. La causa de la invalidez consistirá en la omisión de algún elemento esencial; sin embargo en materia mercantil la ausencia de uno de los tipos legales, torna nulo al acto constitutivo (arts 16 y 17 ley 19550). La anulabilidad procede preferentemente de la presencia de un vicio del consentimiento. Cuando se abre un supuesto de esta especie, resulta necesario decretar la nulidad en sede judicial, debiendo tenerse presente que el estatuto será tenido por nulo desde el día de la sentencia que lo anulase (art.1046 Cod. Civ.).-Las consecuencias de la anulación deberán ser reparadas (art.1056 Cod.Civ.), para lo cual habrá que establecer qué persona es la culpable de la invalidez decretada, sobre la base de las pautas genéricas relativas a la ineficacia de los actos jurídicos

33.-En los casos expuestos, se prevé indemnizar los daños causados por la frustración societaria en virtud de la invalidez del contrato constitutivo, según que éstos hubiesen afectado a otros socios o a terceros. Pero no se indica en qué consis

ten esos perjuicios y qué consecuencias disvaliosas deberán ser reparadas. Es evidente que ello ha quedado librado a las normas del derecho común y a la labor interpretativa de magistrados y autores de doctrina. Sin embargo, la particularidad que ofrece el punto consiste en la extinción de una persona jurídica con su correspondiente patrimonio.

Al respecto, el enfoque se centra en torno a una sociedad constituida cuya existencia llega a su fin por obra de una causal nulificante; lo cual presupone del punto de vista clásico un daño emergente y un lucro cesante. No hay duda que previamente se ha procedido a la liquidación del patrimonio societario, conforme las reglas ya vistas para cada hipótesis. Esa liquidación dará de algún modo la medida del perjuicio, máxime cuando ha ya sido preciso hacer frente al pasivo. Además, en cuanto a los aportes se refiere habrá que examinar si hubo reembolso de capital y fijar la participación del damnificado en el excedente, en el porcentaje que tuviere, si quedó algo del activo a repartir. Estos dos rubros serán claros índices para apreciar la magnitud del menoscabo, en particular si la empresa se hallaba en marcha; siempre atendiendo a la lesión inferida al interés positivo.

Las ganancias netas eventuales por el desarrollo de la actividad societaria, se calcularán sobre la base de probabilidades concretas, teniendo en cuenta las expectativas de evolución en el mercado. La mayor o menor certeza en torno al lucro posible a obtener, estará sujeta en definitiva a la opinión de expertos. Pero, no puede olvidarse, que el intérprete verificará si se dan supuestos concretos de pérdidas de ganancias por negocios ya concertados que se desbaratarán por la invalidez.

34.-Estas ideas sirven para orientar la búsqueda de soluciones donde la ley silencia respuestas categóricas, permitiendo flexibilidad y dinamismo. No es posible examinar todo

las hipótesis a presentarse (p.e. el debatido problema de las sociedades entre cónyuges), bastando un panorama de los temas para mostrar cómo se comporta la nulidad en sus efectos patrimoniales. Demás está decir que cuando los vicios son subsanables, la confirmación y la purga de los defectos constitutivos, salva la estructura empresarial, considerando que el legislador ha tenido miras muy amplias (art.100 ley 19550); si no hubiere subsanación, recién entonces quedará abierta la perspectiva de reclamar el resarcimiento de los daños.

CONCLUSION

35.-Los daños derivados de la frustración societaria afectan intereses legítimos de índole pecuniaria, pudiendo establecerse su cuantía mediante cálculos matemáticos. La medida del valor lesionado puede entonces justipreciarse en base a datos extraídos de la realidad. De ese modo se puede restablecer el equilibrio patrimonial del socio frustrado en sus expectativas, de manera tal de recomponer la situación como si nada hubiese sucedido. A ese fin será preciso discriminar los diversos rubros que contendrá el monto a resarcir, desde el daño emergente al lucro cesante, ya que la suma de cada uno de los items pertinentes dará el quantum.

36.-En suma, a través de los desarrollos que anteceden se puede concluir que:

- a) cuando se interrumpen las negociaciones preliminares hasta la etapa de proyecto inclusive, si se prueba un perjuicio sufrido, corresponde a su autor resarcir el llamado daño al interés negativo;
- b) si se deja de cumplir una promesa de constituir sociedad, la persona que incurre en incumplimiento deberá indemnizar el llamado daño al interés positivo, con más las fallidas probabilidades de ganancias que se pudieron haber obtenido de haber funcionado la empresa;
- c) en el supuesto de que una sociedad en funcionamiento deje de existir por causa de invalidez, ello importa su disolución, debiéndose realizar su activo para cancelar el pasivo; con referencia al remanente hay soluciones dispares; en dicho caso,
- d) los responsables de la causal nulificante deben reparar las consecuencias producidas por la extinción de la empresa, sobre la base del daño al interés positivo y de la pérdida actual y cierta de la chance de ganancias a obtener.

*[Handwritten signature]*