

Fideicomiso o Sociedad Anónima

El ABC de la práctica negocial

Marianela Demuru[1]

Introducción [\[arriba\]](#)

Nuestro sistema jurídico ofrece diversas alternativas jurídicas para afrontar el inicio de los negocios; distintas esquemas legales que permiten a los inversores contar con la seguridad jurídica suficiente, protegiendo sus bienes personales y logrando el éxito.

Dos de las figuras jurídicas más utilizadas en la actualidad -y desde hace muchos años- son la Sociedad Anónima y Fideicomiso; dos formas de instrumentar un negocio que, por su estructura y su regulación, permitirán que las contingencias personales de los socios no perturben la marcha de los negocios, y viceversa.

La sociedad anónima se encuentra regulada por la ley 19.550, con más de 25 años de vigencia. El fideicomiso legislado por la N° 24.441, con casi 20 años de esplendor. Cada una con sus ventajas, cada una con sus inconvenientes, pero ambas compartiendo la posibilidad de proteger los bienes personales de quienes pretenden participar activamente en las operaciones comerciales.

Ahora, la pregunta que inevitablemente surgirá será: ¿Cuál de las dos herramientas utilizar a la hora de “armar” un negocio?, ¿Cuándo se debe instrumentar por una u otra vía? ¿Cómo funciona patrimonialmente cada una de ellas?

De ello me encargaré en el presente trabajo, tratando de otorgar claridad al lector en los conceptos básicos necesarios para comprender cada una de las figuras jurídicas y así poder elegir la que más se adecúe al negocio a realizar.

Parte I - El patrimonio en el fideicomiso y en la sociedad anónima [\[arriba\]](#)

Capítulo I - El fideicomiso [\[arriba\]](#)

I. Generalidades

El fideicomiso, figura jurídica legislada por la Ley N° 24.441 (en adelante L.F.), ha sido creada a fin de dar seguridad a un conjunto casi indeterminado de negocios, permitiéndoles contar con una figura flexible para adaptarse a cada uno de ellos.

La referida ley marca una nueva mirada del legislador al ámbito de los negocios, otorgando y permitiendo la utilización de una herramienta jurídica flexible, apta para la protección del conjunto de bienes que se transmiten y garantizando a su máxima expresión el logro del resultado de los proyectos que se pretenden emprender.

Conforme el art. 1 de la L.F., “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a

ejergerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”[2]

Conforme con ello, en el negocio fiduciario interactúan una serie variada de sujetos: fiduciante/s, quienes constituyen el fideicomiso para poder lograr los fines deseados del negocio subyacente; fiduciario/s, sujetos que cumplen el encargo y que intervienen en el mismo para darle el buen camino al negocio, administrando los bienes conforme lo pactado y los principios de un buen hombre de negocios; beneficiario/s quienes obtienen los frutos del negocio durante el mismo y una vez aceptada tal calidad; y fideicomisario/s o “receptores residuales” de los bienes fideicomitados una vez que el mismo llega a su fin [3].

El fiduciante, entonces, transferirá al fiduciario un conjunto de bienes determinados para aplicarlos a la consecución de un fin o negocio determinado -negocio subyacente- y luego, al cumplimiento de un plazo o condición, transmitirlos al fiduciante, beneficiario o fideicomisario.

Aprovechando la mención del art. 1 de la ley, es importante hacer un distingo entre algunos conceptos básicos como son el de fideicomiso y el contrato de fideicomiso.

Habrá contrato de fideicomiso cuando exista un acuerdo de voluntades mediante el cual un sujeto llamado fiduciante transfiera o se comprometa a transferir en el futuro, un bien o bienes determinados, y encargar a otro -fiduciario- la administración de los bienes para lograr el fin acordado -negocio subyacente-.

Fideicomiso es, en cambio, el negocio jurídico mediante el cual se forma el patrimonio separado, nacido éste de la transferencia que realiza el fiduciante al fiduciario de la propiedad fiduciaria de bienes determinados[4]. Se requiere la existencia de dos elementos esenciales: transferencia a título de confianza de un conjunto de bienes que forman la propiedad fiduciaria, y existencia de un encargo, obligación que pesa sobre el fiduciario.

Es a partir del acto de transferencia del o los bienes cuando se produce efectivamente el traspaso o cambio de titularidad de aquel conjunto de bienes que se estipularon en el contrato o testamento como objeto del fideicomiso. Un bien o un conjunto de bienes que antes pertenecían a la órbita del patrimonio del fiduciante se trasladan ahora al patrimonio separado del fiduciario, pero sólo en tal carácter. A partir de ese acto es cuando se perfecciona el fideicomiso.

Por lo antedicho no caben dudas de que, si bien podrían confundirse aquellos vocablos, existen reales diferencias. El contrato de fideicomiso es el acuerdo de voluntades, mientras que el fideicomiso nace de la efectiva transferencia del conjunto de bienes. Por lo tanto podrá existir contrato de fideicomiso, aún cuando el fideicomiso en sí deba constituirse en el futuro por prever aquél en sus cláusulas una entrega diferida de la propiedad fiduciaria de los bienes[5].

Importa aclarar que, al hablar del fideicomiso jamás me referiré al mismo como sujeto de derecho, toda vez que el fideicomiso no goza de personalidad jurídica. Mediante el contrato de fideicomiso las partes acuerdan el aporte de un conjunto de bienes para así formar un patrimonio separado que estará afectado a un fin determinado; pero jamás tendrá carácter de nuevo ente jurídico. En tal sentido afirma Gómez Leo que “El fideicomiso no posee

personalidad jurídica. Es sólo un contrato que sirve como medio para cumplir con determinadas finalidades”[6].

En dicho sentido, el fideicomiso es un medio técnico utilizado por las partes para concretar una finalidad determinada. Finalidad que se denomina en el ámbito del fideicomiso como negocio subyacente, el que no es más que el negocio o emprendimiento que las partes tienen en miras al contratar.

II. Transmisión fiduciaria

Bajo este título haré referencia a uno de los elementos esenciales del fideicomiso mencionado en los acápite anteriores: la transferencia de titularidad de los bienes al fiduciario.

II.A. Efectos

A tenor de lo normado por los arts. 1, 11, 14 y concs. de la Ley N° 24.441, resulta que la transferencia de bienes hecha por el fiduciante al fiduciario produce dos efectos simultáneos fundamentales. Por un lado, el fiduciante-transmitente pierde la calidad de propietario, y por el otro, el fiduciario-adquirente se convierte en “dueño”.

A partir de ese momento, y cumplidas las formalidades para transferir bienes conforme la naturaleza de los mismos, el fiduciario será el propietario de el o los bienes y por tanto podrá ejercer todos los derechos conferidos por el contrato de fideicomiso y aquellos que sean necesarios al cumplimiento de sus fines [7].

El fiduciante, entonces, efectúa la transferencia del dominio de la propiedad que ostenta sobre los bienes. Es decir, no se queda con la nuda propiedad o algún derecho sobre los bienes que se transfieren[8]. Existe un efectivo traspaso de propiedad del fiduciante al fiduciario.

A fin de que se produzca el perfeccionamiento de la transferencia, deben observarse las formalidades que exigen las normas de derecho común de acuerdo a la naturaleza de los bienes[9]. Es decir, para que la transferencia sea oponible a terceros se deberán observar las formas requeridas por las normas específicas que regula cada bien en particular. Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 13 L.F., se deberá dejar constancia de la calidad fiduciaria de tal transmisión. A modo de ejemplo, si se pretende transferir bienes inmuebles se requerirá, como forma, la escritura pública y la anotación de la transferencia en el Registro de inmuebles, dejando asimismo constancia del carácter fiduciario de la adquisición.

II.B. A título de confianza

La mayoría de los negocios jurídicos que el individuo realiza en la sociedad tienen en cuenta, en general, el elemento confianza, tales como el mandato, el depósito, la prenda con desplazamiento y por supuesto el fideicomiso. Pero este último cuenta con una particularidad aún más especial: la transferencia de titularidad no se produce ni a título oneroso ni gratuito, sino a título de confianza.

En tal sentido, el fiduciario no recibe el conjunto de bienes a título oneroso, ya que por la transferencia de titularidad al fiduciario no hay contraprestación alguna. Ni el encargo, ni la retribución que el fiduciario recibe por la administración de los bienes pueden considerarse como contraprestación que vuelva en oneroso al acto. El encargo lo realiza en virtud del rol asumido como administrador de los bienes, no como compensación por el traslado del o los bienes. La retribución por su desempeño tampoco convertirá a la transferencia en onerosa, aunque si lo sea el contrato. Tampoco lo recibirá a título gratuito, ya que no existe una liberalidad por parte del fiduciante[10].

En definitiva, el conjunto de bienes se transfiere al fiduciario a título de confianza, y éste lo adquiere en tal carácter. Si la transferencia fuere a otro título no sería fideicomiso, en su caso estaríamos en presencia de otro acto jurídico o de un acto simulado [11].

¿Qué significa entonces recibir la propiedad a título de confianza? Implica que el fiduciante al momento de efectuar el acto jurídico de la transferencia de bienes, tiene la plena fe de que el sujeto que eligió como fiduciario cumplirá con el encargo encomendado en el contrato. Existe convicción de que el fiduciario es un buen hombre de negocios, de confianza, de seriedad y responsabilidad que cumplirá con su cometido[12].

III. La Propiedad Fiduciaria

Una vez efectuada la transmisión de los bienes a título de confianza, el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes transmitidos, convirtiéndose así en el único titular del derecho real de dominio[13] fiduciario imperfecto[14].

Sin detenerme en las distintas opiniones doctrinarias[15] respecto de la diferencia entre los vocablos “propiedad fiduciaria” o “dominio fiduciario”, y adoptando la postura amplia[16], considero apropiado referirme de modo genérico al término propiedad, para poder incluir no sólo a las cosas sino también a los objetos inmateriales susceptibles de valor.

La propiedad fiduciaria tiene características particulares que la distinguen de la propiedad perfecta, sobre todo por tratarse un dominio real imperfecto.

Al respecto, el artículo 2.662 del Código Civil, dispone que “Dominio fiduciario es el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley”[17].

Vemos así que, una de las características particulares de esta propiedad es la temporalidad. El dominio fiduciario no está sujeto a durar indefinidamente sino que su existencia está sujeta al cumplimiento de una condición o plazo resolutorio, estipulados en el contrato. El constituyente del fideicomiso no pretende que el fiduciario se quede con los bienes de manera indefinida, sino que sólo en forma transitoria estará bajo su dominio[18]. Esa temporalidad es la que hace que se afecte uno de los caracteres esenciales del dominio: la perpetuidad, razón por la que lo denominamos “dominio imperfecto”[19].

Otra de las particularidades a destacar de la propiedad fiduciaria es la adquisición del fiduciario de una “titularidad neutra”. Los bienes fideicomitidos no ingresan en el patrimonio general y personal del fiduciario sino que nace un patrimonio separado. No hay

por parte del fiduciario un enriquecimiento personal. El fiduciario ostenta una titularidad formal; su contenido económico no le pertenece[20].

Esa neutralidad de la que hablamos se ve reflejada en algunas de las normas de la Ley N° 24.441, tales como la doctrina de los arts. 14, 15 y 16, de las cuales se deduce que el valor económico de los bienes fideicomitidos no puede ser alcanzado por los acreedores del fiduciario. Los bienes no ingresan al patrimonio particular del sujeto, sino que los adquiere sólo en su carácter de fiduciario y al sólo efecto del encargo que ello comprende.

IV. Patrimonio fiduciario

El bien o conjunto de bienes que los fiduciantes aportan al fideicomiso es lo que se denomina patrimonio fiduciario. Se trata de un bien o un cúmulo de ellos que, mediante la figura del fideicomiso, se afectan a la consecución de un objetivo establecido en el contrato.

Con la creación de la Ley N° 24.441, el legislador previó un sistema jurídico basado en dos pilares centrales: el tratamiento de los bienes fideicomitidos como un "patrimonio separado", y la exclusión del mismo del régimen general del concurso o la quiebra. A renglón seguido analizaremos ambos ejes.

IV.A. Patrimonio separado

Lo característico de esta figura jurídica, y lo que indefectiblemente la hace atractiva a la hora de elegir la instrumentación jurídica de un proyecto, es que el patrimonio fiduciario se encuentra fuera de la órbita del patrimonio general del fiduciante y del fiduciario. El art. 14 de la Ley N° 24.441 adopta el criterio legal según el cual los bienes que se transmiten en fideicomiso constituyen un patrimonio separado[21].

Una vez producida la transmisión de bienes de acuerdo a las normas que deban observarse conforme la naturaleza de los bienes, el fiduciante deja de ser dueño. Desde ese momento, el fiduciario pasará a ostentar la calidad de titular fiduciario, lo que no implica la titularidad perfecta. Ni del fiduciante, ni del fiduciario.

La masa patrimonial fideicomitada no se confunde con el patrimonio personal del fiduciante, ni tampoco con el del fiduciario. Si bien éste ostenta la titularidad de los mismos, es al sólo efecto de arbitrar los medios para cumplir con el encargo destinado a una finalidad específica y con normas especiales que lo rigen[22].

Con el fin de mantener con claridad la separación de patrimonios de los que es titular el fiduciario -el propio y el fiduciario- es conveniente que el mismo arbitre todos los medios necesarios para individualizarlos y mantenerlos separados. Algunos de ellos son: llevar contabilidad separada, tener cuentas corrientes diferenciadas, registrar los bienes a su nombre destacando el carácter fiduciario de su titularidad, colocándole nombres a los distintos fideicomisos que pudiera ser titular, entre otros.

IV.B. Efectos de la separación del patrimonio

Una de las consecuencias fundamentales de la existencia de un patrimonio separado es la imposibilidad que tienen los acreedores personales del fiduciante y del fiduciario de atacar los bienes fideicomitidos. Es decir, no podrán intentar efectuar reclamos ni judiciales ni extrajudiciales contra los bienes del fideicomiso. Sin embargo, en caso que el contrato lo disponga, los acreedores de los beneficiarios podrán agredir los frutos de los bienes fideicomitidos. A ello se refieren los arts. 15 y 16 de la L.F.

El art. 15 de la Ley N° 24.441 dispone al respecto: “los bienes fideicomitidos quedarán exentos de las acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del fiduciario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”.

Esta norma es esencial, toda vez que destaca una vez más uno de los mayores beneficios del fideicomiso: el patrimonio separado. Aisla el conjunto de bienes fideicomitidos de los riesgos que pudieren surgir de otras actividades personales tanto del fiduciante como del fiduciario. Carregal sostiene al respecto que los bienes fideicomitidos son como una “campana de cristal- los bienes se ven pero no se tocan”[23]. Sólo quienes están dentro de la campana -acreedores del fideicomiso- pueden reclamarlos. Pasaremos a analizar la situación de los acreedores del fiduciante, fiduciario y beneficiario.

En primer lugar, el fiduciante, una vez efectuada la transferencia de los bienes deja de ser dueño. Por consecuencia, no podrá disponer de los bienes transmitidos para responder por sus deudas personales. Tampoco sus acreedores, en principio, podrán pretender cobrar sobre los mismos, ya que no pertenecen más al patrimonio del fiduciante.

Ahora bien, lo mencionado es sólo en principio, ya que el art. 15 de la Ley N° 24.441 deja a salvo los supuestos de fraude. Es decir, si el fiduciante trasladó los bienes al fideicomiso sólo como maniobra perjudicial a los derechos patrimoniales de los acreedores, éstos podrán intentar revocar la transferencia interponiendo la acción de fraude[24], e incluso, aunque la ley no lo menciona, la acción de simulación[25].

En segundo término, el conjunto de bienes transferidos en propiedad fiduciaria no ingresa en la órbita del patrimonio propio del fiduciario; es dueño de la propiedad fiduciaria, pero su contenido económico no le pertenece[26]. Por ello, los acreedores personales del fiduciario tampoco podrán atacar los bienes fideicomitidos. La LF en su art. 15 es clara al establecer que los bienes fideicomitidos no podrán ser alcanzados por la acción singular o colectiva de los acreedores personales del fiduciario. Sin perjuicio de ello, considero que si podría ser objeto de embargo la remuneración que le corresponde al fiduciario por el encargo que cumple de acuerdo a las estipulaciones del contrato.

Por su lado, el art. 16 LF primera parte, dispone que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos”. Esta norma, puntualiza una vez más que las obligaciones y deudas contraídas en virtud de la ejecución del encargo serán costeadas sólo con los bienes fideicomitidos. Es justo pensar entonces, que si los bienes personales del fiduciario no responden por las deudas del fideicomiso, el fideicomiso tampoco responderá por las obligaciones y pasivos del patrimonio propio y personal del fiduciario. Por ende, y remarcando lo afirmado en el párrafo anterior, se mantiene la separación de las dos masas

de bienes: por un lado el propio del fiduciario, y por otro, el del fiduciario como titular del fideicomiso.

Siendo el turno de los acreedores del beneficiario, como manifestamos, éstos puedan agredir los frutos de los bienes fideicomitados, siempre que el contrato disponga la percepción de los mismos durante la vigencia del fideicomiso (art. 15 de la Ley N° 24.441). Es decir, sólo si el contrato de fideicomiso previera la percepción de frutos por parte de los beneficiarios, sus acreedores podrán agredirlos. En cambio, en aquellos supuestos en los que la percepción de los frutos por parte de los beneficiarios sea relegada en el tiempo -ya sea por el cumplimiento de un plazo, condición- o en aquellos en los que el fiduciante haya dispuesto que los frutos sean parte del patrimonio fiduciario, los acreedores no podrán intentar cobrar sus acreencias sobre los frutos, ya que aquellos formarán parte de los bienes integrantes del patrimonio fiduciario[27].

V. Distribución de beneficios en el fideicomiso

El art. 1 de la LF dispone que “Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.”

Es decir, el fiduciario es la persona a quien se encomendará que administre el patrimonio fiduciario en favor de los beneficiarios y a transmitirlo, una vez que el fideicomiso llegue a su fin, al fideicomisario -generalmente fiduciantes o beneficiarios-.

Afirmadas las referidas aseveraciones cabría preguntarse, ¿sólo llegado al fin del fideicomiso el fiduciario podrá distribuir beneficios o entregar los bienes a los sujetos designados en el contrato? La respuesta es completamente negativa. Si bien la distribución referida siempre estará relacionada a la naturaleza del negocio subyacente, por la flexibilidad de la figura del fideicomiso, las partes podrán libremente pactar la forma en que se distribuirán las utilidades del negocio o las pérdidas que el mismo arroje[28]. Es decir, si el negocio subyacente consiste en la construcción de un edificio, es lógico que solamente llegado el fin de la edificación -fin del fideicomiso- se podrán repartir las unidades. En cambio, si el negocio que se pretende encarar mediante el fideicomiso es la administración de inmuebles por un lapso determinado, se puede pactar que las rentas se distribuyan a los beneficiarios, estableciendo con exactitud la fecha y la modalidad del otorgamiento de los beneficios.

Vemos una vez más, como la figura flexible del fideicomiso permite a las partes adecuar el negocio al confort jurídico que ellas desean, pudiendo pactar libremente, en este caso, las modalidades, los plazos y los sujetos a quienes se distribuirán los beneficios del fideicomiso.

VI. Las tres etapas de la vida del Fideicomiso.

VI.A. Constitución

VI.A.1. Forma y contenido del contrato.

Como afirmamos al comenzar el presente trabajo, el fideicomiso no tiene personalidad jurídica, sino que es un contrato que sirve como medio técnico para el logro de un

sinnúmero de negocios jurídicos[29]. Lo que, desde el punto de vista práctico, otorga la gran ventaja de no tener que pasar por el tamiz de complicados y costosos trámites administrativos ante el Registro de Comercio para “nacer” como persona jurídica. El trámite de constitución del ente societario, al menos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tarda alrededor de treinta (30) días; en cambio el contrato, al no necesitar de aprobación administrativa demora lo que los profesionales consideren en redactarlo.

Tanto en materia de forma como de contenido del contrato de fideicomiso, debe ponerse de resalto la flexibilidad que la figura posee. Se puede dar al contrato la estructura adecuada a cada caso particular, teniendo presente la intención de las partes al contratar. En términos generales, la ley 24.441 no impone formas especiales para el contrato de fideicomiso, por lo que en consecuencia rige el principio de libertad de formas.

Sin embargo, del contenido de los arts. 2, 4, y 20 de la L.F., se desprende que el mismo debe hacerse por escrito -sea mediante instrumento público o privado[30]- y debe contener ciertas cláusulas o requisitos especiales[31]. Se destaca la sencillez de la estructura contractual de fideicomiso, lo que conlleva menores costos en su constitución y posterior funcionamiento[32].

Debemos tener en cuenta que en materia de fideicomiso, el contrato fiduciario no debe inscribirse en ningún Registro especial. Si bien ello es considerado por muchos doctrinarios como una suerte de anomalía legislativa, lo cierto es que la ley no exige tal publicidad[33]. Por ello, y sin perjuicio de la libertad de formas referida, recomendamos que en caso de hacerse por instrumento privado, además de observar las formalidades de doble ejemplar y firma de las partes, se certifiquen las firmas a fin de respaldar la autenticidad y sobre todo, poder conferir fecha cierta[34]. En caso de tener que confeccionarse por escritura pública -transferencia de inmuebles y/o muebles registrables- se aconseja la transcripción del contrato en su integridad.

Ahora bien, si deben observarse ciertas formalidades al momento de transferir los bienes. La Ley N° 24.441, se ocupa de proteger los derechos de terceros regulando en el artículo 12 que: “El carácter fiduciario del dominio tendrá efecto frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”. Así también el artículo 13 L.F. dispone que: “Cuando se trate de bienes registrables, los registros correspondientes deberán tomar razón de la transferencia fiduciaria de la propiedad a nombre del fiduciario. Cuando así resulte del contrato, el fiduciario adquirirá la propiedad fiduciaria de otros bienes que adquiera con los frutos de los bienes fideicomitidos o con el producto de actos de disposición sobre los mismos, dejándose constancia de ello en el acto de adquisición y en los registros pertinentes”.

Conforme lo dispuesto, para que la transferencia de los bienes sea oponible a terceros, deberán observarse las formalidades exigidas por las normas de derecho común o de las leyes especiales conforme la naturaleza de los bienes. Desde el cumplimiento de las mismas, la propiedad fiduciaria será oponible a terceros[35].

Las exigencias formales, lógicamente, variarán según la naturaleza de los bienes[36]. Sólo respecto de aquellos bienes cuyas normas especiales requieran el cumplimiento de formalidades para su transferencia deberá ser observadas. Así, si se tratara del aporte de bienes inmuebles o muebles registrables, se necesitará que se transfiera por escritura

pública -art. 1184 del Cód. Civil- y su inscripción constitutiva o declarativa en el registro que corresponda[37]. Para el caso de los bienes muebles no registrables, bastará para su adquisición con el título y la tradición[38]. En el caso de los créditos sólo bastará la cesión del mismo en el contrato, con notificación del deudor cedido -arts. 1459 y sgtes. Cód. Civil-. En caso de tratarse de acciones, cuotas, o partes de interés, se requiere la cesión con notificación a la sociedad y la respectiva registración en el Registro Público de Comercio - arts. 152 y 215 ley 19.9950-. En el caso que se transfiera dinero, la sola tradición basta; en la práctica, a los efectos de proteger estas sumas dinerarias y sustraerlos del alcance de los acreedores personales de quien los haya aportado, se procede al depósito del mismo en una cuenta bancaria a nombre del fideicomiso o en su caso a nombre del fiduciario[39].

Asimismo, al momento de la anotación de la transferencia -en caso de requerirse-deberá dejarse constancia del carácter fiduciario de la propiedad, disposición que en Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sido complementada por la norma 4/1995 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal[40]. El PEN, en igual sentido mediante decreto 780/1995 dispone que tanto en las anotaciones registrales como en los balances deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación “en fideicomiso”[41].

Por todo lo expuesto podemos observar cómo en el marco de un negocio fiduciario podría darse una dualidad de normas. Por un lado, respecto del contrato de fideicomiso rigen normas sumamente flexibles; basta que sea confeccionado en instrumento privado. Por el otro, si se transfieren bienes cuyas normas especiales requieran de ciertas formalidades para su transferencia, deberán observarse las mismas, bajo pena de no formarse el patrimonio separado[42].

Hasta tanto no se cumplan con las formalidades exigidas para la formación del patrimonio separado, sólo el contrato podrá ser oponible entre partes en tanto constituye una promesa exigible de otorgar los instrumentos necesarios para concretar la transferencia; pero no se producirán efectos contra terceros, ni habrá propiedad fiduciaria[43].

VI.A.2. Plazo de duración. Otra particularidad del Fideicomiso

Una de las características particulares del fideicomiso radica en las exigencias en cuanto al plazo. Como bien mencionamos a lo largo del presente trabajo, con el negocio fiduciario nace en cabeza del fiduciario un dominio imperfecto. Imperfección que surge por estar afectada la perpetuidad del dominio, pues se encuentra subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de un plazo resolutorio -arts. 2.622, 2.507, 2.661 Código Civil-[44]. Es decir, el contrato de fideicomiso nace para morir en un breve lapso de tiempo, ya sea por cumplimiento de un plazo o una condición.

Las partes deberán fijar, en el contrato fiduciario, el término de duración del mismo conforme las características particulares del negocio y lo que ellas, en principio, libremente estimen[45]. Sin embargo la L.F. impone un límite máximo temporal disponiendo que el mismo no podrá ser fijado mas allá de treinta (30) años. Al respecto, el art. 4 inc. c) L.F. manifiesta que “El plazo o condición a que se sujete el dominio fiduciario, el que nunca podrá durar más de 30 años desde su constitución, salvo que el beneficiario fuere un incapaz, caso en el que podrá durar hasta su muerte o el cese de la incapacidad”.

Una vez hechas las precedentes afirmaciones surge el cuestionamiento respecto de desde cuándo computar el referido plazo. ¿Desde la celebración del contrato o desde el nacimiento de la propiedad fiduciaria con la traslación de bienes? Pensamos que cuando la norma habla de “desde su constitución” se refiere al contrato de fideicomiso. Una interpretación en sentido diverso importaría una fragmentación de duraciones cuando se trate de varios bienes a transferir en diversos momentos[46].

Por lo expuesto, consideramos que el plazo es un elemento esencial a fijar en el contrato de fideicomiso, definitorio del mismo; en caso de no fijarse en el convenio, no estaremos frente a un fideicomiso [47].

VI.A.3. Modo de funcionamiento de los aportes en el fideicomiso. Suscripción e integración

Como bien sabemos, tanto el capital social de las sociedades comerciales como el patrimonio fiduciario del fideicomiso, se forman mediante el aporte de bienes que realizan quienes pretenden formar parte de los negocios.

Previo a efectuar el análisis referido a los aportes en el fideicomiso, es necesario refrescar ciertos conceptos básicos importados del régimen de la Ley de Sociedades: suscripción e integración. El primero referido al compromiso de aportar determinados bienes; el segundo, al cumplimiento efectivo del aporte comprometido.

El contrato fiduciario, es aquel por medio del cual las partes se comprometen a transferir un bien o un conjunto de bienes, sin que sea necesario que los mismos se transmitan simultánea o inmediatamente de celebrado. La Ley N° 24.441 no hace mención en relación a la suscripción de los bienes a fideicomitir, sin perjuicio de lo cual consideramos conveniente que las partes en el acto de la celebración del contrato de fideicomiso suscriban la totalidad de los bienes que cada inversor aportará, disponiendo su integración ya sea simultáneamente a su celebración o en un momento futuro.

Respecto de la integración, la Ley N° 24.441 tampoco prevé estipulación alguna que disponga una cantidad mínima o un porcentual de los bienes que deban integrarse al momento de celebración del contrato de fideicomiso. Los bienes fideicomitidos no “deben” ser entregados al momento de la celebración del contrato[48]. Las partes son las que pactarán el plazo y modo del ingreso de los bienes al negocio fiduciario.

La importancia de la integración de los bienes en el fideicomiso radica en que a partir desde ese momento, es decir, desde la efectiva transferencia de bienes, recién se formará el patrimonio fiduciario. Recordemos que para que nazca el fideicomiso deben haberse efectivamente integrado los bienes estipulados en el contrato.

Conforme lo dispuesto respecto de la suscripción e integración de los bienes en el fideicomiso, puede que acontezcan tres situaciones distintas: 1) una, que se celebre el contrato de fideicomiso suscribiendo los bienes que serán integrados en el futuro. En estos casos habrá suscripción sin integración al momento de la celebración contractual; 2) otra, ocurrirá si en el mismo momento de la celebración del acuerdo de voluntades, las partes se comprometen a aportar una cantidad determinada de bienes, y en el mismo acto los aportan; habrá suscripción e integración simultánea; 3) el último, se dará cuando celebrado el contrato de fideicomiso, las partes no efectivizan la integración del o los bienes ni

simultáneamente ni en el futuro, no generándose el nacimiento del fideicomiso como negocio jurídico.

De todo ello se evidencia una vez más la posibilidad que tienen las partes de estructurar libremente el contenido del negocio, la suscripción y el momento, modo e integración de los bienes. El principio de la autonomía de la voluntad toma una vez más su lugar, aunque siempre respetando los principios generales de la legalidad[49].

VI.A.4. ¿Qué bienes se pueden aportar?

Como referimos a lo largo del presente trabajo, el patrimonio fiduciario se forma por la transferencia de un conjunto de bienes que efectúan los fiduciantes. Aquí, la pregunta que intentaremos resolver es ¿qué bienes se pueden aportar a un fideicomiso?.

El art. 2312 del Código Civil dispone: “Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman bienes. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio.” Haciendo una analogía, y resaltando una vez más que el fideicomiso no es persona, si podemos sostener que el conjunto de bienes formará el patrimonio del fideicomiso. Es decir, el patrimonio fiduciario se constituirá por el conjunto de bienes, llámense a éstos objetos inmateriales susceptibles de valor, llámense a éstos cosas.

Son objeto de aportes todos los derechos subjetivos de carácter patrimonial [50], excluyendo de este modo los de carácter extrapatrimonial[51]. Los primeros son aquellos que ostentan un valor pecuniario, como los derechos reales, los personales o de crédito, como así también los derechos intelectuales. En cambio los segundos carecen del carácter económico, siendo de este tipo los derechos de la personalidad o personalísimos[52]. Sólo los primeros pueden ser objeto de aporte al fideicomiso.

Los derechos reales son aquellos que establecen una relación entre un sujeto y una cosa, concediéndole al titular, un señorío absoluto e inmediato sobre ella. Bajo este tipo de derechos nos encontramos tanto con el dominio, las servidumbres, usufructo, los derechos sobre cosa ajena, entre otros.

Los derechos de crédito o personales, en cambio, son aquellos que establecen relaciones entre sujetos, en cuyo ámbito uno de ellos está facultado a exigir al otro una determinada prestación de la cual es acreedor; como el caso de los créditos.

Derechos intelectuales, son aquellos que le pertenecen al autor de una obra de arte o literaria, de una invención, pudiendo disponer de ellos mediante el otorgamiento de licencias.

Así vemos entonces que pueden ser objeto de transmisión fiduciaria los bienes en general, comprendiendo bajo tal concepto, las cosas, los derechos patrimoniales susceptibles de tener un valor como también los objetos incorporales capaces de poder ser valuados.

El art. 4 inc. a) L.F. dispone que los bienes a fideicomitir deben ser determinados o determinables. Expresa que el contrato debe contener “la individualización de los bienes objeto del contrato” permitiendo a su vez una leve indeterminación[53] al decir que en caso de que no sea posible tal identificación a la fecha de celebración del contrato de

fideicomiso, se deberá dejar constancia de la descripción de los requisitos y características de los mismos[54]. Permitiendo con ello la posibilidad de que puedan ser objeto de fideicomiso los bienes futuros como así también los bienes ajenos[55].

Por lo expuesto, pueden ser aportados al fideicomiso todos los bienes muebles registrables o no, fungibles o consumibles[56]; los bienes inmuebles, las marcas, patentes, invenciones, dinero, alquileres, créditos, acciones[57], diseños industriales, software, la herencia[58], pudiendo ser bienes de existencia actual como también de existencia futura, ya sean bienes propios o ajenos[59].

VI.A.5. Mora o Incumplimiento en la integración de los aportes

Ocurrido el incumplimiento de la integración de los aportes, será el fiduciario en principio quien deba emplear todos los medios necesarios para que la prestación acordada se cumpla.

El fiduciario es la figura central del fideicomiso, toda vez que es quien administra y se encarga del manejo del patrimonio fiduciario, logrando que por medio de su cumplimiento se logren los fines acordados en el contrato. Por lo tanto, durante la vida del fideicomiso será la actividad del fiduciario la que proteja la suerte del patrimonio separado, pudiendo ejercer todas las acciones, tanto judiciales como administrativas, tanto contra terceros como contra el fiduciante y/o beneficiarios, que hagan a la defensa de los bienes y objetivos del fideicomiso [60].

Por ello, en caso de que el patrimonio no se forme por no cumplir el fiduciante con los aportes a los que se comprometió, el fiduciario es quien procurará hacer cumplir con los aportes. Es él quien ejercerá todos los actos que sean convenientes para que el patrimonio fiduciario se forme.

En caso de que el fiduciario no ejerza los actos en defensa de los fines del fideicomiso, los mismos podrán ser ejercidos por el resto de los fiduciarios que cumplieron su aporte, por los beneficiarios, e inclusive los fideicomisarios. Sin perjuicio de considerar que una vez presentada esta situación, generalmente, deberá recurrirse a la justicia para dar solución a la contienda. Si bien los beneficiarios o fideicomisarios no son parte en el contrato hasta tanto no se efectúe la aceptación, una vez aceptada podrán llevar adelante todos los actos que sean necesarios para la formación del patrimonio fiduciario[61].

VI.B. Funcionamiento

VI.B.1. Posibilidad de suscripción e integración sucesiva. Incorporación de nuevos bienes

Una vez celebrado el contrato de fideicomiso y transferidos los bienes, pueden sobrevenir una serie de situaciones que coloquen al fiduciario en la necesidad de incorporar nuevos bienes al fideicomiso. Generalmente cuando, y sobre todo en el caso de los fideicomisos inmobiliarios, se necesitan de nuevos bienes -llámese en la mayoría de los casos dinero- para afrontar los nuevos gastos que el proyecto requiere.

La mutación del patrimonio fiduciario puede producirse de diversas maneras. La primera, mediante el ingreso de nuevos bienes al patrimonio inicial, como es el caso de los frutos

generados por los bienes originariamente fideicomitidos. En tal caso, aquellos pasarán a formar parte del patrimonio separado sujeto a la propiedad fiduciaria[62].

Otro de los modos en el que se incrementará el patrimonio es mediante la subrogación real, en cuyo caso ingresan nuevos bienes producto de actos de disposición -art. 13 L.F.-[63]. El fiduciario, por ende, adquirirá la propiedad fiduciaria de los bienes que se adquieran no sólo con los frutos, sino también con el producto de los actos de disposición, cuyo caso más frecuente es mediante las inversiones que el fiduciario efectúa con los bienes originarios del fideicomiso. La posibilidad de poder “subrogar” los bienes originarios por otros es una facultad del fiduciario que debe estar prevista en el contrato fundacional o bien mediante una modificación introducida al mismo. Sin perjuicio de ello, más allá de no preverse expresamente en el acuerdo, el fiduciario podrá llevar a cabo todos los actos de disposición que no vayan en contra de los fines del fideicomiso[64].

El tercer caso de aumento del patrimonio fiduciario se da mediante la provisión de fondos por parte del beneficiario y/o fiduciante en caso de insuficiencia patrimonial -art. 16 LF-. Ante la falta de bienes para hacer frente al pasivo, y en caso de previsión contractual, el fiduciario requerirá al beneficiario y/o fiduciante que se realicen los aportes “extras” acordados. En caso de no haber previsión contractual, lo podrá requerir igualmente, aunque en este caso no podrá accionar frente a la negativa de aportar[65].

Por último, el acrecentamiento producido por el aporte de nuevos bienes por el fiduciante, o por terceros-inversores que tengan intención de adquirir el carácter de fiduciantes[66]. En este último se incorporarán nuevos bienes y nuevos sujetos-fiduciantes, cuyo aporte, generalmente, sufrirá una equiparación asimilable a una especie de “prima de emisión” respecto de los efectuados por los fiduciantes originarios.[67]

Es posible, por ende, admitir el ingreso de nuevos inversores-fiduciantes luego de celebrado el contrato de fideicomiso[68]. Es decir que, si en el acuerdo no se estipula lo contrario, puede permitirse la incorporación de terceros que adquieran el carácter de fiduciante mediante el aporte de nuevos bienes, siempre que exista manifestación expresa por parte del tercero en convertirse en fiduciante[69]. Por ello el fideicomiso se considera un “contrato abierto”.

Luego de detalladas los supuestos en los que nuevos bienes pueden ingresar al fideicomiso, no debe dejar de mencionarse el art. 4 L.F. que preceptúa, en forma genérica, que el contrato deberá prever en sus cláusulas la “determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”. Si bien la norma ha sido fuertemente criticada por la doctrina por ser inadecuada -sobre todo la hipótesis del art. 16 L.F.[70]- es aconsejable que, al momento de redactar el contrato de fideicomiso se establezcan cuáles son los requisitos, condiciones y procedimientos que deben observarse para que nuevos bienes y/o inversores puedan ingresar al negocio fiduciario con posterioridad a la firma del acuerdo original.

VI.B.2. Ingreso y egreso de inversores del sistema.

Como bien mencioné a lo largo del presente trabajo, en el negocio fiduciario interactúan una serie variada de sujetos: fiduciante/s, quienes constituyen el fideicomiso para poder lograr los fines deseados del negocio subyacente; fiduciario/s, sujetos que intervienen a fin

de darle un buen camino y fin al negocio, administrando los bienes conforme lo pactado y los principios de un buen hombre de negocios; beneficiario/s quienes obtienen los frutos del negocio una vez aceptada tal calidad; y fideicomisario/s o “receptores residuales” de los bienes fideicomitados una vez que el mismo llegue a su fin [71].

La calidad de los referidos sujetos, sobre todo el de los inversionistas-fiduciantes a los que nos referiremos en este título, no es estática sino que los mismos pueden “entrar y salir” del negocio fiduciario conforme sus especulaciones comerciales.

Como referí, el contrato de fideicomiso es un “contrato abierto”, siendo que es posible admitir el ingreso de nuevos inversores-fiduciantes luego de celebrado el mismo[72]. Dependerá exclusivamente de las estipulaciones del contrato, en el que, si no se estipula lo contrario, se permitirá la posibilidad de incorporación de terceros en carácter de fiduciante, ya sea mediante la incorporación de nuevos aportes -siempre que en estos casos exista manifestación por parte del tercero en convertirse en fiduciante[73]-, o mediante la cesión de una parte o todo de sus derechos que realice un fiduciante originario. Al primero de los casos referimos en el título anterior, siendo ahora el turno del segundo: la cesión.

Cuando referimos que el fiduciante o beneficiario puede efectuar la cesión de todos los derechos que tenga a su favor en el fideicomiso, no debemos olvidar que asimismo se transfieren todas las obligaciones. Es decir, mediante la cesión se transmiten los beneficios y los deberes originados en el contrato de fideicomiso, razón por la cual llamaremos a esta cesión como “cesión de la posición contractual”.

La L.F. no previó normas en torno a la cesión de los derechos y obligaciones que nacen del acuerdo fiduciario. Por su lado, nuestro Código Civil tampoco legisló la cesión de la posición contractual puesto que ésta es una figura moderna. Si se prevé claramente la transmisión de créditos (arts. 1434 a 1484 Cód. Civil) y aludió al traspaso de deudas en los arts. 814 y 815 Cód. Civil dentro de las normas relativas a la novación. Sin perjuicio de ello, y conforme la tendencia hacia la modernización del derecho, es que la jurisprudencia ha sabido decidir en numerosas ocasiones que “los contratos bilaterales pueden ser cedidos por cualquiera de los contratantes”[74].

“La cesión del contrato consiste en la transmisión de la posición contractual del cedente a un tercero, quien entra en su lugar y pasa a ocupar su situación jurídica en aquél”[75]. Una vez efectuada la misma, se produce la transmisión de toda la relación jurídica que le correspondía al cedente: todos sus derechos y todas sus obligaciones.

La importancia de la transmisión de la posición contractual, radica en facilitar la circulación del acuerdo con las consecuencias positivas que ello acarrea para el mercado financiero de un país. El contrato y su circulación permiten contribuir al desarrollo de la economía.

En cuanto a las formalidades a observar, la cesión de la posición contractual debe ser hecha por escrito. Esta formalidad es la que la ley exige para la cesión de créditos (art. 1454 Cód. Civil), dejándose a salvo las mismas excepciones que el Código trae: la escritura pública y la tradición manual (conf. art. 1455 Cód. Civil).

Asimismo, debe ser notificada al “deudor cedido”, que en el caso del fideicomiso será el fiduciario como administrador de los bienes fideicomitados. Si no se efectúa la notificación,

la cesión no podrá ser oponible. La notificación es el modo en virtud del cual el fiduciario conocerá la transmisión de derechos y obligaciones.

A fin de gozar plena oponibilidad respecto de terceros, la notificación debe darse por acto público conforme lo dispone el art. 1467 del Cód. Civil Argentino. A partir de entonces, la cesión fiduciaria tendrá eficacia respecto de todos los interesados, incluyendo lógicamente al deudor cedido[76].

VI.C. Fin de la existencia del Fideicomiso.

El fin de la existencia del fideicomiso, a diferencia de lo que sucede con la sociedad anónima, se enfrenta ante un vacío e imperfección legal. El legislador al dictar la ley 24.441 consagró uno de los regímenes más liberales y escuetos en cuanto al fin de la existencia del fideicomiso ordinario, estableciendo sólo pocas normas relacionadas a ello como los arts. 25, 26 y 16 de la L.F.; no legisló sobre aspectos esenciales del fin del fideicomiso ordinario como lo es el fenómeno de la liquidación. En ninguna de las mencionadas normas se hace hincapié al procedimiento que debe ser observado por el fiduciario a efectos de proceder a liquidar y transferir los bienes fideicomitados una vez llegado el final de la afectación patrimonial.

No critico que el legislador busque que el fideicomiso sea una figura flexible, alejada de la rigidez, sino que sostengo que al menos debió trazar los presupuestos jurídicos mínimos que den seguridad a todos los sujetos que intervienen en el negocio jurídico, sobre todo a quienes contratan en tal marco como acreedores.

A continuación, haré un breve análisis respecto del camino del patrimonio separado hacia su fin, centrándome sobre todo en la liquidación del fideicomiso por insuficiencia de bienes (art. 16 LF).

VI.C1. Causales

La doctrina ha clasificado a las causales de extinción del dominio en relativas y absolutas. Las primeras son aquellas que extinguirán el dominio fiduciario respecto de una persona; es decir, existe un cambio de titularidad del dominio, pero éste no se extingue (art. 9 L.F.). En cambio las segundas son aquellas que extinguen la propiedad fiduciaria en su totalidad; desaparece el contrato y el patrimonio separado (art. 25 y 16 L.F)[77].

Las causales de extinción se encuentran enumeradas en el art. 25 de la L.F., disponiendo que “El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal; b) La revocación del fiduciante si se hubiere reservado expresamente esa facultad; la revocación no tendrá efecto retroactivo; c) Cualquier otra causal prevista en el contrato.” El art. 26, por su lado expresa que “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitados al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.” Asimismo el art. 16 L.F. dispone que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no darán lugar a la quiebra, disponiendo seguidamente que “En ese supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a

cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previsto para la quiebra (...)”.

A simple vista surgen ciertos interrogantes: ¿qué extingue el art. 25 L.F.?, ¿el contrato de fideicomiso o la propiedad fiduciaria?; ¿las causales producen efectos de pleno derecho?; ¿el art. 16 L.F. dispone la extinción de la propiedad fiduciaria y no la del contrato. Pasaré a analizar brevemente los planteos efectuados.

En primer lugar, el art. 25 L.F. menciona las causales de extinción del contrato de fideicomiso, las que, una vez acaecidas, producirán la necesidad de transferencia de la propiedad fiduciaria conforme lo dispone el art. 26. Es decir, producida la extinción del contrato de fideicomiso, no quedará más que ponerle fin a la propiedad, lo que se logra mediante la transferencia que debe realizar el fiduciario conforme las estipulaciones contractuales. Por ello, cuando el art. 25 refiere a la extinción del fideicomiso, debemos entender extinción del contrato de fideicomiso.

Ahora, una vez ocurrida una causal extintiva, ¿inmediatamente se extingue el patrimonio fiduciario? La respuesta que considero es la negativa. Es decir, operada una causal extintiva del contrato, no se produce de pleno derecho o automáticamente la muerte del patrimonio separado. Será necesario que se observen los procedimientos liquidatorios estipulados en el contrato o los métodos acordados para la transferencia de los bienes (art. 26 L.F.)[78].

Desde el momento en que se produce la causal de extinción, el fiduciario tendrá la obligación de entregar los bienes a quien se haya determinado en el contrato como beneficiario o fideicomisario, quienes a su vez tendrán el derecho de reclamar tal entrega. Hasta tanto no se efectúe la mencionada transferencia del dominio conforme la naturaleza de los bienes, el patrimonio fiduciario sigue en poder del fiduciario; es decir, mientras los bienes permanezcan en poder del fiduciario, el patrimonio separado subsistirá[79].

En tal sentido, al pretender querer poner fin al negocio fiduciario -materializado en el contrato que tiene como finalidad el nacimiento de la propiedad-, deberemos enfrentarnos a dos situaciones o momentos. Uno, es la producción de la causal extintiva estipulada en la ley o en el contrato (art. 25 L.F.) que pone fin al acuerdo fiduciario, y el otro, su consecuencia: el fin de la existencia del patrimonio fiduciario.

Sin perjuicio de ello, puede suceder a la inversa. Puede extinguirse la propiedad fiduciaria, y que por consecuencia se extinga el contrato fiduciario. Ello es lo que sucede conforme lo dispone el art. 16 L.F. al decir que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no darán lugar a la quiebra, sino que “En ese supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previsto para la quiebra (...)”.

Es decir, una vez ocurrida la causal de insuficiencia de bienes fideicomitados para atender las obligaciones que contrajo el fiduciario en el marco del fideicomiso, se debe proceder a su liquidación. Debe ponerse fin al patrimonio separado, cancelando las deudas y transfiriendo los bienes, si los hubiere. Y ello producirá como consecuencia la extinción del

contrato fiduciario. Al quedarse sin bienes que formen parte de la propiedad fiduciaria, el contrato queda vacío, sin posibilidad de cumplir el objeto para el cual fue creado.

VI.C.2. La liquidación

Como mencionamos, una vez acaecida cualquier causal de extinción, el fiduciario como encargado de la administración del patrimonio fideicomitido y la tutela de su integridad, deberá tomar todas las medidas necesarias para la cancelación del pasivo y distribuir el remanente, si lo hubiere, a los sujetos designados como beneficiarios o fideicomisarios en el acuerdo[80].

Así lo expresa el art. 26 de la L.F., en cuanto dispone que "Producida la extinción del Fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al Fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan". Disponiendo el art. 16 L.F. que para el supuesto de insuficiencia de bienes, "a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previsto para la quiebra (...)".

Si bien el art. 16 L.F. -caso al que me referiré en el título siguiente- prevé un modo particular y obligatorio de llevar a cabo la liquidación, la ley 24.441 no consagra la obligatoriedad de la misma una vez ocurridas las causales genéricas del contrato del art. 25 L.F.

Sin perjuicio de ello, realizando un análisis integral e interpretativo de ambos artículos, considero que, una vez ocurrida cualquier causal de extinción del contrato (art. 25 L.F.) o de la propiedad fiduciaria (art. 16 L.F.), el fiduciario debe proceder a liquidar obligatoriamente el patrimonio[81].

Si bien autores como Kiper y Lisoprawski[82] consideran, con acierto, que a tenor de la autonomía de la voluntad (arts. 1137 y 1197 Cód. Civil) los contratantes pueden deliberadamente disponer qué procedimiento utilizar en caso de fin del fideicomiso, considero que cualquiera sea la causa que ponga fin al contrato marco del negocio fiduciario o a su patrimonio, debe indefectiblemente procederse a la liquidación de los bienes que lo conforman, adoptando las formas que libremente dispongan las partes.

La liquidación, es el fenómeno que se desarrolla en un determinado período de tiempo y que tiene por fin la cancelación del pasivo, recuperación de los activos adeudados al fideicomiso, para luego transferir el remanente a quienes dispusiera el contrato. Por medio del procedimiento liquidatorio, se protegen los derechos de terceros contratantes; llegado el fin del fideicomiso, si no se previera un procedimiento de liquidación, se verían afectados los derechos de los acreedores del fideicomiso, pudiendo convertirse en imposible el cobro de sus acreencias.

Por ende, acaecida cualesquiera de las causas de extinción del contrato de fideicomiso (art. 25 y 16 L.F.), el paso siguiente e inexcusable que queda al fiduciario es la liquidación del

mismo, a fin de que, una vez cancelado el pasivo, se entreguen los bienes o su producto a los beneficiarios o fideicomisarios, conforme lo estipula el mismo contrato.

VI.C.3. Liquidación por insuficiencia de bienes fideicomitados.

Sin perjuicio que, como lo mencione a lo largo del presente título, la causal de insuficiencia patrimonial encuentra puntos en común con las causales genéricas de extinción del contrato y patrimonio, la ley 24.441 prevé normas especiales y particulares una vez producida ésta.

El art. 16 de la L.F. dispone que la insuficiencia de los bienes fideicomitados para atender a las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, no darán lugar a la quiebra, disponiendo seguidamente que “En ese supuesto y a falta de otros recursos provistos por el fiduciante o el beneficiario, según previsiones contractuales, procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previsto para la quiebra (...)”.

En primer lugar, cabe preguntarnos ¿qué quiso decir el legislador con “insuficiencia de bienes fideicomitados”? La doctrina no es uniforme en este sentido.

Lorenzetti sostiene que la insuficiencia referida “es una relación económica que se establece entre el patrimonio fideicomitado y las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso; es un concepto más restringido que la cesación de pagos que relaciona el patrimonio con todas las deudas. En este caso sólo se tendrá en cuenta una clase de deuda; no cuentan las obligaciones que no pesan sobre el patrimonio de afectación”[83] Opinión cuestionable, ya que es lógico que así suceda, toda vez que no pesan sobre el patrimonio separado otras obligaciones que no sean las nacidas para su ejecución. No podría recaer sobre el conjunto de bienes fideicomitados obligaciones personales del fiduciante u obligaciones que no han sido creadas para el funcionamiento del patrimonio de afectación.

Por su lado, Carregal sostiene que a efectos de determinar que los activos incorporados al patrimonio separado son insuficientes, el fiduciario debe efectuar una mirada dinámica del negocio subyacente. No sólo ver la foto de un momento estático determinado, sino ver la película de su evolución. Según su postura, deben aplicarse los principios del derecho concursal, considerando a esa insuficiencia como el estado de cesación de pagos[84]. De la misma manera opina Kiper y Lisoprawski, sosteniendo que “No encontramos razones suficientes como para no aprovechar, a favor del fideicomiso, la rica elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia desarrollada en torno a la impotencia patrimonial del régimen del concurso preventivo y la quiebra”[85].

Por mi parte, y en concordancia con la doctrina precedentemente citada, considero que la insuficiencia de la que habla el art. 16 L.F. refiere a la imposibilidad de cumplir el objeto para el cual fue creado el fideicomiso. Existe una escasez tal de los bienes, que impide al fiduciario hacer frente a las obligaciones corrientes que deben ser contraídas para la ejecución del contrato. Concepto asimilable al estado de cesación de pagos considerado como “un fenómeno de impotencia patrimonial -con características de generalidad y permanencia- por el cual no se puede hacer frente, con medios regulares, a las obligaciones inmediatamente exigibles”[86].

En segundo lugar, cuando la ley refiere que “no darán lugar a la quiebra”, más allá de su imprecisión, entiendo que se refiere, por un lado, a que no se producirá la quiebra del fiduciario. Ello en virtud de considerar que una vez transferidos los bienes por los fiduciantes y formado el patrimonio fiduciario, el mismo se encuentra separado del propio del fiduciario. Se trata de un patrimonio afectado a un determinado negocio, el que es distinto al del propio del fiduciario. Carregal afirma asimismo que “la quiebra del fiduciario -con efectos lógicamente limitados al patrimonio separado- le significaría consecuencias económicas y pérdida de prestigio que harían inviable en la práctica aceptar esta función (...)”[87]. Por el otro, “no dará lugar a la quiebra” del fideicomiso, por cuanto éste no es un sujeto de derecho. Si bien la ley de concursos y quiebras permite la quiebra de un patrimonio[88], considero que no lo quiso así para el fideicomiso, más aún, teniendo en cuenta que la ley 24.522 fue sancionada con posterioridad a la 24.441 de fideicomiso. El principio, por ende, es que el concurso o la quiebra recae sobre la persona y sobre los bienes que se encuentran bajo esa titularidad[89], salvo el sólo caso del patrimonio del fallecido.

Por último, ¿qué opción tiene el fiduciario ante un patrimonio insuficiente? En concordancia con los principios concursales de la Ley N° 24.522 y según lo dispuesto por el art. 16 L.F. considero que el fiduciario, ante la insuficiencia de bienes puede:

- a) en la medida en que resulte de las cláusulas contractuales, podrá requerir otros recursos al fiduciante o a los beneficiarios. Aún más, si el contrato no dispuso nada al respecto, y a fin de poder conservar el negocio subyacente, el fiduciario puede requerir de todas formas bienes a los mencionados sujetos; ahora bien, mientras que el aporte de nuevos bienes en éste caso será facultativo, en aquél será obligatorio pudiendo el fiduciante ejercer todas las acciones legales tendientes a proporcionar los bienes[90].
- b) siempre que se estime que es en beneficio del fideicomiso, y con el fin de superar la crisis patrimonial en armonía con las normas y principios concursales, el fiduciario podría pactar quitas, esperas o refinanciaciones con los acreedores del fideicomiso[91].
- c) proceder a su liquidación. Siempre, como última ratio, el fiduciario deberá acudir a la liquidación del fideicomiso, cancelando el pasivo, haciéndose del activo adeudado, y transfiriendo los bienes restantes, si los hubiere.

En relación al proceso liquidatorio, el art. 16 L.F. dispone que “procederá a su liquidación, la que estará a cargo del fiduciario, quien deberá enajenar los bienes que lo integren y entregará el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios previsto para la quiebra...”

Como se observa, el procedimiento dispuesto por la ley es sumamente impreciso e incompleto. Sólo refiere que el fiduciario deberá enajenar los bienes y entregar el producido a los acreedores conforme el orden de privilegios de la ley 24.522. Ante el referido vacío legal, las partes podrán pactar en el contrato de fideicomiso las reglas para la liquidación de los bienes, siempre que no se altere el orden de los privilegios a favor de los acreedores. Aún más, antes de contratar con el tercero potencial acreedor, el fiduciario debería dar a conocer y dar a aceptar las cláusulas referidas al procedimiento de liquidación, de lo contrario no podrían serles opuestas[92].

El régimen de liquidación en principio lo suponemos extrajudicial, sin perjuicio que las partes prevean lo contrario, o devenga en judicial por contingencias sucedidas con posterioridad[93].

VI.C.4. La transferencia: el fin del patrimonio fiduciario.

Tal como lo menciona el art. 26 L.F., “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o a sus sucesores, otorgando los instrumentos y contribuyendo a las inscripciones registrales que correspondan.” Lo mismo sucede en los casos de insuficiencia del patrimonio fideicomitado (art. 16 L.F.); una vez liquidado el patrimonio separado, no quedando deudas pendientes, el remanente, si lo hubiere será entregado a las personas que establezca el contrato.

La transferencia de los bienes, una vez finalizada la liquidación, es esencial toda vez que solamente cumplida la misma se extingue el patrimonio separado. Es decir, hasta tanto el fiduciario no transfiera los bienes, más allá de haberse extinguido el contrato, el patrimonio separado continuará bajo su titularidad imperfecta[94].

Una vez transferidos los bienes y cumplidas las formas de transferencia de acuerdo a la naturaleza de los bienes, el patrimonio separado se habrá extinguido, poniendo así fin a todo el negocio fiduciario.

Capítulo II - La Sociedad Anónima [\[arriba\]](#)

I. Generalidades

La Sociedad Anónima, regulada por la ley de sociedades comerciales 19.550 (en adelante L.S.C.), ha sido y es en la actualidad uno de los tipos societarios más utilizados. Nace históricamente para darle forma jurídica a la inversión de grandes capitales, cuyos socios-accionistas pretenden formar, administrar y manejar un patrimonio separado sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria.

Su enorme importancia radica en que por medio de su constitución se permite la concentración de grandes capitales para el establecimiento de empresas de envergadura, contribuyendo ello al desarrollo de la economía del país. Sin embargo, ocurre en la práctica que cualquier emprendimiento comercial, por más pequeño que sea, se realiza a través de las sociedades anónimas, tal como el caso de las empresas familiares[95]. Se busca con ello el beneficio que tienen los socios de poder limitar su responsabilidad patrimonial.

El legislador, consciente de la trascendencia económica que revisten las S.A. en la economía capitalista, ha sido minucioso y riguroso en su reglamentación. La ley 19.550, con el convencimiento de que las mismas generan una gran secuela en la hacienda del país, y en protección al ejercicio de los derechos de quienes la integran y de quienes pretenden contratar con ellas, estructura un conjunto de normas de orden público que se encargan de reglamentar tanto la constitución, su funcionamiento y extinción, restringiendo en muchos casos el principio de la autonomía de la voluntad[96].

II. Caracterización

La L.S.C., como la mayoría de las legislaciones de derecho continental, ha abandonado la idea de obtener un concepto de las sociedades en general, recurriendo por ello a indicar las características distintivas de cada una de ellas.

En el caso de las sociedades anónimas (en adelante denominadas S.A.), a los requisitos comunes de toda sociedad comercial (art. 1 L.S.C.)[97], la ley agrega dos atributos esenciales: a) el capital social se representa en acciones, y b) los socios limitan su responsabilidad a la suscripción de esas acciones (art. 163 L.S.C.)

La S.A. es la sociedad de capital por excelencia, toda vez que necesita de un capital propio para funcionar, el que se integra por las aportes de los socios, aportes a los que éstos limitan su responsabilidad patrimonial.

La sociedad anónima es una sociedad de capital y no personalista, ya que no se tiene en cuenta al socio por lo que es, por el factor personal que representa, sino por el capital que aporta para el funcionamiento social, configurando así una típica sociedad intuitu rei[98].

La despersonalización referida emerge, entre otros, por estar el capital de la S.A. representado en acciones libremente transferibles. Es evidente que al ser así, la acción permitirá la fungibilidad del socio-accionista, cuya identidad ni siquiera constituye un dato estatutario obligatorio[99].

En conclusión, entre sus notas más destacadas podemos mencionar las siguientes: 1) Su capital social se representa por acciones (art. 163 L.S.C.); 2) Las acciones se representan en títulos libremente negociables; principio de libre transmisibilidad (art. 214 L.S.C.); 3) Los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas (art. 163 L.S.C.); 4) Actúa bajo denominación social, no pudiendo tener razón social (art. 164 L.S.C.); 5) Se encuentra organizada bajo órganos totalmente diferenciados: al Directorio corresponde la representación y administración; a la Asamblea, el gobierno de la sociedad; y a la Sindicatura o Consejo de Vigilancia, en principio, control sobre la administración; 6) Se encuentran sometidas a un control estatal que les es propio.

III. Personalidad jurídica societaria.

A diferencia del fideicomiso, la sociedad comercial es una persona jurídica.

Persona es para nuestro Código Civil, “todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones” (art. 30), disponiendo asimismo en el art. 33 segunda parte inc. 2, que tienen carácter privadas “las sociedades civiles y comerciales o entidades que conforme la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (...)” En el mismo sentido, la L.S.C. se encarga de calificar a las sociedades comerciales como sujeto de derecho en su art. 2 diciendo que: “La sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley.”

Conforme con ello, la sociedad anónima se encuentra dotada de personalidad jurídica, naciendo por ende un nuevo sujeto jurídico distinto de los socios que la crean[100]. Desde el momento mismo en que las partes vuelcan sus voluntades en el contrato social nace una nueva persona jurídica, distinta y diferenciada de los socios que la integran. La L.S.C. reconoce personalidad a las sociedades comerciales como un “medio productivo” que les

permite a los socios la realización de actividades lucrativas que redundan en su beneficio, y en el de la economía global.

Cabe mencionar que si bien la L.S.C. exige la inscripción de las sociedades comerciales, ésta no se exige a los efectos del nacimiento del nuevo ente. El sujeto de derecho nace como tal desde el momento mismo en que las partes acuerdan su voluntad; desde la formación del contrato social[101]. La exigencia de la registración es al sólo efecto de producir oponibilidad respecto de terceros[102] y determinar el régimen legal aplicable[103].

Ahora, el art. 2 de la L.S.C. refiere que la sociedad comercial será sujeto de derecho “con el alcance fijado en esta ley”, lo que permite afirmar que la ley 19.550 permite la utilización de sociedades como “medio productivo” en tanto y en cuanto el sujeto de derecho actúe en el marco previsto por la ley; actuando y desarrollando sus actividades en un marco de licitud[104].

Al apartarse la sociedad del “alcance fijado en” la ley, la misma podrá ser sancionada con la inoponibilidad de la personalidad (art. 54, párrafo 3)[105], y con la disolución (arts. 19, 20, 94 inc. 6, entre otros)[106].

IV. Capacidad para actuar y patrimonio propio

Dos consecuencias concretas que nacen con la personalidad son la capacidad, y el nacimiento de un patrimonio propio.

Persona son “todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones.”[107], y “Todo sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones que no es persona física, constituye una persona jurídica.”[108] Ambos conceptos que pretenden describir la personalidad desde la perspectiva de la capacidad. Todo ente que sea capaz, será persona.

La capacidad es un elemento connatural de la condición de persona; una noción que se integra indefectiblemente con la personalidad desde el mismo momento en que ésta nace. Por el sólo hecho de ser persona, el ente tendrá capacidad, siendo por ello indispensable para la actuación durante toda su existencia[109], permitiéndole actuar a la sociedad en el comercio y para los objetivos para los cuales fue creada. En este sentido podrán comprar, vender, comercializar, donar, querellar, estar en juicio, y realizar un sinnúmero de actos con el único límite no estar prohibidos por la ley o el estatuto[110].

Otra de las consecuencias de esa personalidad, es que la nueva sociedad que nace goza de una “absoluta autonomía patrimonial (...) respecto del patrimonio de los socios”[111], tanto respecto de la concepción jurídica como económica del patrimonio.

En tal sentido, como atributo de la personalidad -concepción jurídica del patrimonio-, Halperín sostiene que “(...) no se trata de establecer si las sociedades entran o no en la enumeración de las personas jurídicas que hace el art. 33, sino si reúnen los requisitos necesarios para considerar que el Código, en el Título de las sociedades, les ha dado una

organización general de personas jurídicas; es decir, si son titulares de un patrimonio propio y poseen la organización necesaria para lograr el fin asignado a las mismas (...)”[112].

Asimismo, desde la perspectiva económica, las personas jurídicas necesariamente deben tener un patrimonio, sobre todo en las sociedades de responsabilidad limitada, toda vez que el mismo constituye la prenda común de los acreedores (art. 2312 del Cód. Civil). Es decir, los acreedores societarios se protegen con la existencia de esa masa de bienes, ya que les permitirá cobrar las acreencias en caso de que la sociedad no lo haga voluntariamente.

Desde el momento mismo en que las partes deciden constituir una sociedad, suscribiendo e integrando los aportes, se forma un verdadero patrimonio propio del nuevo ente. Patrimonio que es diferente al de cada uno de los socios que la constituyen. Por ello, los accionistas no tienen derechos sobre los bienes determinados que componen el patrimonio social, sino que sólo tendrán el derecho a una cuota proporcional del mismo, conforme el monto de los aportes efectuados[113]. Tampoco podrá ser atacado por los acreedores personales de los socios; en última instancia, éstos podrán embargar o reclamar derechos sobre las sumas que ingresen al patrimonio personal de los socios como consecuencia de la distribución de dividendos (art. 224 LSC), o sobre los bienes a distribuir una vez liquidada la sociedad (art. 111 LSC).

V. El Capital Social.

El capital social es “el monto global del valor asignado a los bienes aportados o prometidos a aportar en ejecución de las suscripciones en el acto constitutivo (art. 166) o en el llamado a suscripción pública (art. 170, ap. 3 y 173)”[114]. Es, en definitiva, el monto que representan los aportes integrados o comprometidos a integrar por los socios-accionistas a la sociedad; o vista de otra perspectiva, “las sumas pagadas por las acciones de una sociedad”[115].

El capital social, en las sociedades anónimas constituye un elemento esencial, ya que sin aporte de los socios, no habrá socios ni la sociedad podrá cumplir los fines para los que ha sido creada. Asimismo, se considera al capital social como un elemento tipificante por considerar que si el mismo está ausente no habrá sociedad anónima, aunque si eventualmente podría existir otra figura jurídica[116].

Una de las características que mayormente se suele resaltar del capital social es su invariabilidad, su intangibilidad, toda vez que es una cifra que, se dice, debe permanecer incólume a lo largo de toda la vida social. Este principio -que aclaramos es jurídico, no económico- encuentra sus excepciones en todos aquellos casos en que la misma ley de sociedades permite su alterabilidad, tales como los procedimientos fijados para aumentar o reducir el capital social (arts. 188, 203, 204 L.S.C.).

En este sentido, el capital social, a diferencia de lo que ocurre con el patrimonio social, es un concepto jurídico estático, que se encuentra completamente desvinculado de los resultados económicos de la sociedad[117].

En teoría, la razón de ser del capital social y su invariabilidad fueron concebidos como contrapartida necesaria de la limitación de la responsabilidad; en protección inalterada de los intereses de los acreedores. Sin embargo, no coincido en su totalidad con esta postura.

Conforme con la tesis referida precedentemente, -y relacionándolo con una de las tres funciones del capital social: la de garantía-, considero una falacia que el capital social garantiza a los acreedores una protección patrimonial. Si bien el capital social es la suma que demuestra que la sociedad tiene dinero u otros bienes para llevar adelante su objeto y hacer frente a los avatares económicos que la misma pueda atravesar, tal afirmación sería en todo caso válida sólo para el momento inicial de su existencia.

Tal como afirmaba, el capital social es un concepto estático que no se adecúa a la evolución patrimonial de la sociedad a lo largo de su existencia, lo que indefectiblemente acarrea como consecuencia que el capital queda desactualizado. Los acreedores no estarán protegidos en caso de que la empresa realmente no tenga bienes suficientes, más allá de que en su estatuto su capital figure inalterado.

En tal sentido, Le Pera sostiene que “el capital de una sociedad no es intangible; por definición sólo sirve para ser ‘tocado’, es decir, para ser invertido, trabajar con él (...) El capital es sólo el número que refleja la cantidad de dinero recibido por la sociedad en pago de sus acciones. A poco de iniciadas sus operaciones, este dinero se convertirá en bienes o en créditos o en cualquier otra cosa integrante del activo (y del pasivo)”[118].

Así también Halperín y Otaegui afirman que el alcance de la prohibición de afectar el capital social no significa que el mismo debe permanecer invariado a lo largo de la vida societaria sino que lo que está prohibido es convenir entre los socios el reintegro del capital aportado como operación que conlleve a una reducción clandestina del capital[119].

Veámoslo en un ejemplo. Una sociedad constituida hace tres años con un capital de 200.000 pesos argentinos, empresa que a lo largo de estos años no ha podido enfrentar las tempestades financieras de la economía del país. Sociedad que hoy a la fecha no cuenta con ningún bien propio, ni con créditos; sólo cuenta con \$100.000 a su favor. Sin embargo en su estatuto societario, y en el Registro Público de Comercio, su capital social todavía figura con un monto global de 200.000 pesos argentinos. Me pregunto entonces, es ese capital social realmente invariable?, ¿es realmente ese capital social protector de los acreedores presentes o de los posibles futuros? En mi opinión, no creo que si esta u otra sociedad comercial me solicitara un crédito me remitiría a observar sólo el capital social para protegerme de los posibles incumplimientos, concurso o quiebra.

La realidad indica entonces que hoy quienes pretenden otorgar créditos o realizar operaciones con las sociedades no prestan atención al monto mencionado en el estatuto como capital social; en la práctica se valen de otros indicadores para evaluar el riesgo que la operación podría acarrear. Entre ellos, los estados contables aprobados, los que reflejan los flujos reales presentes y permiten evaluar cuáles serán los futuros[120].

V.A. Capital social y patrimonio Social

Capital social y patrimonio social son dos conceptos que no deben confundirse, ya que como veremos, sus significados y sus roles a lo largo de la vida societaria son disímiles.

Como bien mencioné, el capital social es el “monto global del valor asignado a los bienes aportados o prometidos aportar en ejecución de las suscripciones en el acto constitutivo (art. 166) o en el llamado a suscripción pública (arts. 170, ap. 3, y 173)” [121].

Los aportes que constituyen el capital social, desde el punto de vista contable, se encuentran ubicados en el pasivo, siendo por ello una suma invariable en el sentido de que los mismos no pueden distribuirse por medio de operaciones clandestinas, salvo respetando las normas de la L.S.C. que así lo permitan[122]. Por ello, y a diferencia de lo que ocurre en el patrimonio social, el capital es un concepto jurídico-estático.

Por su lado, y como referí, el patrimonio social puede ser apreciado desde dos perspectivas diversas: una jurídica y otra económica.

Jurídicamente, el patrimonio es uno de los atributos de la personalidad. Como bien nos referíamos en párrafos anteriores, una vez constituida la sociedad, nace una persona jurídica y con ella un nuevo patrimonio, infiriendo con ello que no habrá persona jurídica sin patrimonio.

En tal sentido, el art. 2312 del Cód. Civil establece: “...el conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio”. Refiriendo Vélez Sarsfield en la nota al mismo artículo que: “El patrimonio de una persona es la universalidad jurídica de sus derechos personales bajo la relación de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relación con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo jurídico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alícuotas, pero no en partes determinadas por sí mismas, o que puedan ser separadamente determinadas (...)”

En este sentido, el patrimonio es “el conjunto de relaciones jurídicas de las que es titular el ente societario”[123]. El patrimonio social es único, tal como lo es para el caso de las personas físicas.

Desde la perspectiva económica, el patrimonio social, es la cifra que mide el valor del conjunto de bienes, derechos y obligaciones de las que es titular la sociedad. En este sentido, el patrimonio es el real valor de todos los bienes de la sociedad puestos en funcionamiento para el logro de los objetivos societarios, deducidas las deudas[124]. Por ello, se dice que es una cifra en permanente variación, toda vez que su cuantía dependerá de las fluctuaciones que surjan del activo y del pasivo societario.

Una vez claros los conceptos referidos, es importante mencionar que al constituirse la sociedad los montos de capital y patrimonio social, en principio coincidirán, ya que generalmente el único conjunto de bienes con que contará el ente societario será el aportado por los socios. Sin embargo, pueden darse diversas situaciones -como la emisión con prima o una sobrevaluación de los bienes aportados- que generen que, inclusive al momento de constitución, exista un desequilibrio entre capital y patrimonio social. Una vez puesta en funcionamiento la sociedad, el valor del patrimonio irá disminuyendo o

umentando según el resultado de su desenvolvimiento, mientras que el capital quedará fijo e invariable salvo modificaciones estatutarias[125].

Como conclusión, la importancia de comprender ambos conceptos radica en que la relación entre capital y patrimonio social permite determinar la situación económica de la empresa, “pues a medida que el valor del patrimonio rebasa la cifra del capital ello indicará que la situación es más sólida, mientras que en el caso contrario significará que las pérdidas han ido dejando el capital sin el consiguiente respaldo, lo que se traduce expresando que ha habido pérdida de capital”[126].

V.B. Las tres funciones principales del capital social

La doctrina nacional ha atribuido al capital social tres funciones. Una de ellas, la función de productividad, la cual toma al capital social como un medio de explotación. Esta función es de contenido netamente económico, entendiendo al capital social como el conjunto de activos patrimoniales que la sociedad dispondrá para llevar adelante sus tareas productivas. Uno de los principales fines del aporte efectuado es proveer a la sociedad de un conjunto de recursos materiales necesarios e indispensables para la consecución del objeto social[127].

En este sentido, parece coherente pensar que el monto del capital social debe guardar una razonable relación con la dimensión empresarial que se quiere lograr; una lógica relación entre capital social y objeto social. Si bien no me detendré en la profundidad de esta temática, creo importante al menos hacer una simple referencia.

A pesar que parte de la doctrina nacional ha puesto en duda la necesaria relación entre capital y objeto social, lo cierto es que, al menos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fin de poder lograr la inscripción de la sociedad en Inspección General de Justicia -Registro Público de Comercio- el capital social debe adecuarse al objeto social. Ello conforme a lo dispuesto en la Resolución 7/2005, art. 67[128].

Quizás uno de los grandes referentes de esta postura es Nissen, quien siendo Inspector de Justicia entre los años 2003 y 2005 de la Inspección General de Justicia, CABA, intentó llevar adelante una “lucha contra la infracapitalización”, denegando la inscripción de todas aquellas sociedades en las que su capital no se adecuara a su objeto social[129]. Asimismo, la jurisprudencia[130] y la doctrina nacional mayoritaria están de acuerdo en sostener que es el capital social el que debe contribuir al logro del objeto por el cual las partes se unieron en sociedad[131].

Si bien en la generalidad sostengo que, a fin de proteger intereses de terceros e inclusive el de los mismos socios el capital social debe adecuarse al objeto social, considero asimismo que el examen de la necesaria relación a la que nos referimos debe evaluarse caso por caso. En los supuestos en que el capital social suscripto sea manifiesta y groseramente insuficiente para alcanzar el objeto determinado en el acto constitutivo, si considero que debe ser denegado el pedido de inscripción de la sociedad. Pero aún así, no dejo de lado la posibilidad que muchos emprendimientos y negocios puedan comenzar a gestarse con poco capital pero con rica capacidad intelectual productiva, siempre que exista una coherente relación de los mencionados recursos y el objeto societario. En el mismo sentido, Di Chiazza sostiene que “(...) la complejidad del problema y la riqueza de variantes que presenta en la

praxis tornan cuasi-imposible determinar a priori la utilidad y/o idoneidad del capital como el único y exclusivo recurso o medio para alcanzar el objeto social, en aquellos casos en los que la infracapitalización originaria no aparece como evidente y grosera”[132].

Advertida la importancia del capital social como medio de producción de la sociedad, resulta necesario ahora referirme a la de garantía, función que pareciera resultar la más relevante. La de garantía, en principio, y sobre todo en las sociedades en las que la responsabilidad de los socios se limita a los aportes efectuados, es la función principal, su razón de ser; el capital social fue creado a fin de proteger a los terceros de la limitación de responsabilidad[133].

En las sociedades de responsabilidad limitada, los acreedores sociales no pueden atacar el patrimonio personal de los socios. Fue por ello que el legislador consideró que, como contrapartida, el capital social sería la garantía de los acreedores sociales. En este sentido, el capital social “indica a los terceros con qué cifra responderá la sociedad frente a terceros por las deudas de la sociedad”[134]. No estamos del todo de acuerdo con estos postulados.

Si bien el capital social cumple su función de garantía permitiendo conocer a terceros con que bienes cuenta la sociedad, considero que dicha función sólo se cumple al momento inicial de su existencia. Ahora, una vez que la sociedad comienza a funcionar, su capital “intangibles” comienza a mutar a la misma velocidad que los hacen las operaciones comerciales de la sociedad. Una vez que ésta utiliza los bienes aportados para la operatoria social, como medio productivo, el capital real e ineludiblemente muta, dejando de ser por ello una efectiva garantía de los acreedores.

No creo que el capital social, concepto jurídico estático, sea el que satisfaga el “bolsillo” de los acreedores. No se comprenden las afirmaciones que sostienen que el capital social es el que indica qué bienes tiene la sociedad para afrontar las deudas sociales[135], ya que los aportes que lo constituyen realmente no se encuentran inmovilizados, sino que se aportan para que se cumpla el objeto social.

Por ende, el capital social, no es más que un conjunto de bienes con los que la sociedad cuenta para comenzar su operatoria societaria, mas no para garantizar los derechos de los acreedores a lo largo de su existencia. La realidad indica una vez más que quienes pretenden realizar operaciones comerciales o crediticias con las sociedades, no prestan atención al monto mencionado en el estatuto como capital social, sino que se valen de otros indicadores, principalmente los estados contables[136], para poder así evaluar el riesgo que la operación podría acarrear.

En definitiva, considero que es el patrimonio social, entendido desde la perspectiva contable -(Activo - Pasivo)-, el que cumple la función de garantía. La efectiva garantía de los acreedores son los bienes reales que conforman el patrimonio societario[137]. Los acreedores y terceros a la hora de contratar, negociar o comercializar con la sociedad, deberán observar el patrimonio social, con su activo, con su pasivo y con su patrimonio neto, logrando así una visión acabada y real del estado patrimonial de la sociedad con la que se pretende contratar.

Finalmente, el capital social cumple la función de determinación de la posición del socio, fijando los derechos políticos y patrimoniales de los socios. En este sentido, esta función

permite que se determinen de manera organizada los derechos patrimoniales y políticos de los socios, delimitando la medida precisa de: a) la responsabilidad de los socios, b) la participación de los socios en la toma de decisiones en los órganos societarios, c) los derechos de los socios al dividendo y a la cuota de liquidación, d) la participación de los socios en el uso del derecho de preferencia, entre otros[138].

VI. Aportes

El art. 1 de la ley de sociedades dispone que habrá sociedad cuando dos o más personas “(...) se obliguen a realizar aportes (...)”. Para constituir una sociedad se necesita de la contribución de ciertos bienes o derechos que den nacimiento al patrimonio propio de la sociedad, siendo que su importancia radica en que constituirá el medio que permita el desenvolvimiento social, y la consecución de sus fines. Su valor comportará el capital social[139], el que a su vez -al menos inicialmente- coincidirá con el patrimonio social[140].

El aporte es un elemento esencial a la hora de constituir una sociedad[141]. Sin aportes no habrá sociedad, ni tampoco socios[142]. Asimismo el aporte constituye una obligación de los accionistas de efectuar prestaciones económicas que puedan ser aplicadas a la “producción o intercambio de bienes o servicios” (art. 1 LSC), y que en caso de las sociedades anónimas debe tratarse siempre de obligaciones de dar[143].

El único acreedor del aporte será la sociedad, no los restantes socios que forman parte de la misma, siendo ella, por medio de sus representantes, quien está legitimada a reclamar el cumplimiento del aporte (art 37 y 193 L.S.C.).

Conforme art. 11 de la L.S.C., el aporte debe mencionarse en el contrato constitutivo. Debe quedar asentado en el acuerdo el aporte total efectuado por los socios, ya que ello será esencial para conocer cuál es el capital social con el que cuenta la sociedad. Asimismo deberá expresarse el aporte que efectúa cada uno de los accionistas, toda vez que con ello se determinará la participación de cada socio en las ganancias y pérdidas -salvo que se disponga lo contrario-, la participación de los mismos en las decisiones asamblearias, y la parte que cada socio tendrá al momento de su liquidación[144].

En caso de no especificarse los aportes en el contrato social, más allá de que los mismos fueron efectuados, hará anulable el contrato social el que podrá ser subsanado hasta su impugnación judicial conforme art. 17 LSC[145]

VII. Acciones

El art. 163 de la Ley N° 19.550 establece como requisito esencial y tipificante de la sociedad anónima que el capital social se divida en acciones. La mencionada norma reza: “El capital social se representa en acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas.”

Sin pretender conceptualizar a las acciones, toda vez que el de “acción” es un concepto multívoco, si puede mencionarse a las mismas como la parte del capital social que se representada -en principio- en un título, y confiere a sus titulares un conjunto de derechos y obligaciones que otorgan la calidad de socio.

En dicho sentido, Roitman junto a destacados autores sostienen que la acción es: (i) la parte en que se divide el capital social; (ii) los derechos que tienen los socios sobre el capital social; (iii) el título que confiere a su poseedor los derechos y obligaciones que la ley le reconoce a los accionistas, generalmente llamado status socii[146].

Ahora bien, como mencioné, sólo en principio las acciones se materializan en títulos, ya que para poder ejercer el conjunto de derechos que devienen de la calidad de socio no necesariamente la acción debe estar literalmente representada y materializada en títulos. La práctica demuestra que son pocas las sociedades anónimas que emiten títulos, sobre todo en las empresas familiares. Esto así, ya que el estado de socio se adquiere desde que se suscriben las acciones, independientemente de que se entreguen o no títulos a los accionistas[147].

Las acciones son títulos representativos indivisibles, con la característica de ser asimismo libremente transmisibles, dando así la nota a la sociedad anónima de ser netamente capitalista. La posibilidad de transferir las acciones libremente, sin tener en cuenta el elemento personal, hace a la sociedad anónima una sociedad despersonalizada, en la que resultan irrelevantes las cualidades personales de los socios. Consecuencia de ello es que no es necesario que el socio figure en el contrato social, ni tampoco la cesión de la calidad de accionista implica modificación en el estatuto[148]; basta para este último caso la anotación de la transmisibilidad en el libro de registro de acciones (art. 213 L.S.C.)[149].

VII.A. Requisitos sustanciales de las acciones

Las acciones deben cumplir ciertos requisitos sustanciales, a saber:

1) Igual valor. El art. 207 de la LSC exige que las acciones siempre deben ser de igual valor nominal entre sí.

Si bien ello no implica que las acciones no puedan ir cambiando su valor nominal a lo largo de la existencia de la sociedad, lo que se exige es que en tal caso sean todas las acciones de cada clase las que mutan su valor, quedando todas con un mismo valor nominal.

La razón de ser de tal requisito es proteger el derecho de voto de los socios, toda vez que “la acción es la medida de la participación del socio y el elemento cuantificador de su voto”[150].

2) Expresada en moneda argentina. Así también, el art. 207 L.S.C. dispone que las acciones deben ser emitidas en moneda argentina, por lo que quedará prohibido la emisión de acciones en moneda extranjera. Asimismo, y si bien la norma no lo menciona expresamente, no podrá preverse la inclusión de cláusulas de reajuste, sea conforme índices basados en moneda argentina o extranjera.

3) Cada clase de acciones debe conferir iguales derechos. En caso de que el estatuto prevea distintas clases de acciones que confieren distintos derechos, las mismas deben otorgar iguales derechos por clase. En este sentido, cada clase puede otorgar derechos diferentes, pero siempre las acciones de cada clase deberán conferir las mismas

prerrogativas a todos los accionistas de ese grupo, siendo nula toda disposición en contrario (art. 207 L.S.C.)[151].

4) Indivisibilidad. Con el fin de facilitar el funcionamiento de la sociedad, la ley dispone que “Las acciones son indivisibles” (art. 209), lo que implica decir que las acciones no pueden ser fraccionadas en unidades.

La acción, de este modo, es la participación mínima que puede tener un socio en la sociedad anónima, no pudiendo por ello ser dueño de “media acción” y fraccionar así los derechos que de ella surgen. Con ello no pretendemos negar la posibilidad de condominio de las acciones, toda vez que sobre una acción podrá haber más de un titular dominial. Lo que se prohíbe es que se fraccione el ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos que otorga la misma, debiendo tener que ejercerlos de manera conjunta, rigiendo en todo caso las reglas del condominio (art. 209)[152].

VIII. Beneficios, Utilidades y Dividendos

VIII.A. Precisiones conceptuales

Como bien surge del art. 1 de la ley 19.550, la constitución de sociedades conforme cualquiera de los tipos enunciados tendrá por finalidad la obtención de beneficios. Los mismos, tal como afirma Halperín “no han de menester ser un lucro o una ganancia a repartirse; puede ser el resultado de una investigación, o la oficina central para la contratación en interés común de los socios, o para centralizar determinada especie de negociación o contratación, etc”[153].

En el mismo sentido, Molina Sandoval sostiene que los beneficios no necesariamente se encuentran relacionados con el lucro, sino que comprenden una idea mas amplia que permite la inclusión, asimismo, de los beneficios que persiguen las asociaciones que adoptan uno de los tipos previstos por la ley 19.550 (art. 3, LSC)[154].

El beneficio es, por ende, un concepto amplio que permite ser considerado como toda ventaja susceptible de apreciación pecuniaria -no sólo las ventajas patrimoniales- que deriven del giro societario. Como se observa, no necesariamente se corresponden con el lucro.

Por otro lado, la ley 19.550 refiere en su art. 11 inc. 7 que el instrumento constitutivo debe incluir las reglas para distribuir utilidades y soportar las pérdidas, las que en caso de silencio será en proporción de los aportes.

Mas allá de establecer la regla de proporcionalidad -eje de todo el sistema societario-, al hablar de utilidades la ley refiere al beneficio de lucro neto, el que surge de restar al activo social las pérdidas sociales -de todos los ejercicios- y demás gastos.

Por su lado, el art. 68, LSC ya no se refiere a las utilidades, sino que habla de ganancias. Señala: “Los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por ganancias realizadas y líquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto y aprobado por el órgano social competente (...)”. Asimismo el art. 71, 1 párr. L.S.C. establece que las ganancias no pueden distribuirse hasta tanto no se cubran las

pérdidas de los ejercicios anteriores. Así también, el art. 224 L.S.C., en materia de sociedades anónimas, dispone que la distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

El legislador al aludir a la noción de ganancias, ingresa en un campo en el que los conceptos se cofunden. La ganancia refiere a un importe positivo en el Estado de Resultados, mientras que la utilidad se refiere a la ganancia que puede distribuirse entre los socios y resulta comprensiva de un término más amplio, cuyo monto surge del total del balance de la empresa y que puede ser distribuido. Por ello, en los artículos mencionados precedentemente, se debió emplear el término utilidades, mas no el de ganancias[155].

VIII.B. Derecho a las utilidades. Derecho al Dividendo.

Como es sabido, en materia de sociedades comerciales, existen fuertes motivaciones económicas de las partes, siendo por ello esencial el fin de lucro. Si bien el mismo puede o no efectivizarse, es esencial que en los sujetos que forman y constituyen la sociedad la intención y el ánimo de lucro estén latentes.

En tal sentido, el derecho a las utilidades es un derecho patrimonial inherente a la existencia de la sociedad comercial y asimismo a la calidad de socio. El estado de socio, en cuanto tal, confiere una serie de derechos, uno de los cuales es el derecho de la percepción de beneficios patrimoniales.

Una vez que del balance del ejercicio surgen saldos positivos, nace el derecho a las utilidades, confiriendo al socio-accionista un derecho abstracto[156] a percibir beneficios de lucro de la sociedad. En cambio, el derecho a dividendo es un derecho que nace a partir del momento en que se decide destinar las utilidades realizadas y líquidas a la distribución de los socios.

Debe tenerse presente que no todas las utilidades realizadas y líquidas se distribuyen como dividendos, sino que por el contrario las mismas pueden tener varios destinos, tales como formación de reservas o a la capitalización mediante la emisión de acciones (art. 70)[157]. Sólo me referiré a la distribución en dividendos.

El derecho al dividendo es la materialización del derecho abstracto a las utilidades. Es una prerrogativa que nace y se hace exigible con la decisión de la asamblea que decide destinar las utilidades a dividendos y fija el monto a repartir. Este derecho es una de las ventajas patrimoniales más importante que cualquier socio puede tener[158].

El órgano social que decide la distribución de dividendos es la asamblea. Si bien es el directorio, órgano de administración, quien propone el proyecto de distribución y convoca a asamblea a tal efecto, son los socios quienes declaran su distribución, naciendo así un derecho creditorio a favor de todos y cada uno de ellos[159].

Desde el momento en que el órgano de gobierno de la sociedad decide distribuir dividendos, nace a favor del socio un derecho creditorio que se incorpora a su patrimonio de manera definitiva e irrevocable encuadrando en el concepto de propiedad del art. 17 de la Constitución Nacional. El socio a partir de ese momento pasa a ser un tercero acreedor

respecto de la sociedad, pudiendo reclamar la suma por cualesquiera de los medios legales (art. 505 Cód. Civil), e incluso, en caso de quiebra, lo podrá reclamar como acreedor quirografario.

Sobre la naturaleza jurídica del dividendo hay acuerdo en la doctrina y jurisprudencia en considerarlo como un fruto civil, devengándose por ello día a día y no al cierre de cada ejercicio, situación a tener en cuenta en casos como por ejemplo usufructo de acciones o liquidación mortis causae, en los que se afecta la titularidad de los mismos[160].

Respecto de los caracteres de este derecho, si bien algunos autores lo consideran esencial[161], sostengo que no es así. Ello ya que, por ejemplo, en caso de que no se distribuyan utilidades en uno o dos ejercicios la sociedad no dejará de ser sociedad ni tampoco cambiará su naturaleza. Es válidamente posible que la sociedad decida no distribuir dividendos en pos de acumular reservas o destinarlas a inversiones.

Asimismo, y siendo que goza de los caracteres de ser un derecho renunciable y disponible, elimina toda posibilidad de llamar al este derecho como esencial. En tal sentido, el socio puede renunciar a las utilidades que le corresponden en determinados periodos o ejercicios, aunque sin dejar de tener en cuenta ciertos límites, ya que no podría el accionista renunciar de todas las utilidades que se pudieran percibir a lo largo de toda la vida de la sociedad[162].

Por último, el derecho al dividendo no es un derecho absoluto toda vez que la asamblea podría disponer de su medida y la oportunidad para efectivizarlo. Tal y como lo mencioné, no todas las utilidades realizadas y líquidas se distribuyen como dividendos, sino que pueden existir diversos intereses societarios que justifiquen la constitución de reservas o capitalización de utilidades, postergando así el derecho individual de los socios a percibir utilidades. Ello, sin dejar de considerar que este derecho puede limitarse y reglamentarse, pero jamás prohibirse por ninguna vía[163].

VIII.C. Distribución de dividendos. Requisitos

Al hablar de utilidades mencioné que las mismas no se podrían disponer a menos que sean realizadas y líquidas, que resulten de un balance legalmente confeccionado y aprobado por el órgano competente, y que se trate de un saldo favorable no esté afectado a pérdida de ejercicios anteriores (art. 70, LSC).

Las utilidades a repartir, conforme señala Halperín, pueden tener cualquier origen ya sea de la normal explotación de la empresa, de la venta de un bien del activo, de una cuenta de reserva que se distribuye, siendo necesario aclarar por el directorio cuando las utilidades no deriven del normal ejercicio de los negocios (art. 64, l, d, y párrafo final)[164].

Como adelanté, para poder distribuir, debe tratarse de utilidades “realizadas” y “líquidas”. Entiéndase por “realizadas” al saldo positivo que surge luego de la ponderación del ejercicio contable, surgiendo así la utilidad neta devengada. Por “líquidas” debe entenderse a las utilidades que surjan de transacciones efectivamente consumadas y serias, no sólo eventuales; debe existir un cambio real de valores. Debe tratarse de un ingreso de valores nuevos al patrimonio social, que no estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria, ya que en estos casos serían revocables y salvo por la buena fe (art. 225 LSC), debería

repetirse[165]. Un efectivo ingreso de dinero en caja o que en todo caso sean realizables en un breve plazo.

Los arts. 68, y 224 de la LSC, deben interpretarse en conjunto con los arts. 70 y 71 L.S.C., disponiendo los mismos que para que las utilidades puedan repartirse deben previamente deducirse las sumas que se destinarán a las reservas legales (art. 70) y cancelarse previamente la totalidad de las pérdidas de ejercicios anteriores (art. 71).

Asimismo, las utilidades realizadas y liquidadas deben surgir de un balance -entendido este como el conjunto de estados contables: balance, estado de resultados y estado de evolución del patrimonio neto- debidamente confeccionado conforme la ley y el estatuto y aprobado por el órgano de gobierno -asamblea ordinaria art. 234 LSC-, quien tiene facultades para impugnarlo o en su caso aprobarlo. La confección del balance es un presupuesto esencial, ya que de se vislumbra la existencia de un saldo positivo.

El concepto de utilidad líquida y realizada se corresponde necesariamente con beneficios lucrativos disponibles, netos, los cuales emergen de los estados contables confeccionados conforme las leyes, principios de contabilidad generalmente aceptados y el estatuto[166].

VIII.D. Pago del dividendo. Reglas, época y modalidad de pago

En relación a las reglas que rigen la forma para distribuir los dividendos, reina el principio de la autonomía de la voluntad. Ello así, toda vez que en principio gobiernan las reglas que las partes acordaron en el estatuto. En caso de silencio o cláusulas nulas (art. 13 inc. 1 L.S.C.) regirá la proporcionalidad dispuesta por el art. 11 inc. 7 de la L.S.C.

El art. 11 de la LSC, regula el contenido del instrumento constitutivo, disponiendo en el inc. 7 que deben incluirse en el mismo las “reglas para distribuir utilidades y soportar las pérdidas”, disponiendo que en caso de silencio serán en proporción de los aportes. Se establece así, la regla de la proporcionalidad, disponiendo en caso de silencio, dudas, cláusulas nulas, los dividendos se distribuirán en proporción de los aportes efectuados por los socios.

Respecto de la época en que se reparten los dividendos, en principio se estará a lo dispuesto a lo que dispone el estatuto, pero en caso de silencio si éste nada dispone resultará exigible a partir del momento de su determinación por la asamblea o al día siguiente a la aprobación del acuerdo de distribución.

Una de las prerrogativas otorgadas al órgano de gobierno, es que puede delegar al directorio la época de pago de los dividendos. En tal caso, la época fijada por el Directorio nunca podrá ir mas allá del siguiente ejercicio en que se devengaron[167].

En cuanto a la modalidad de pago, la realidad demuestra que en principio se realiza en dinero, aunque nada impide a que el pago se haga en especie o por medio de la emisión de acciones (art.189 L.S.C.).

En caso de incumplimiento en el pago de los dividendos, los accionistas-acreedores tienen dos acciones a fin de hacer efectivo su crédito. Una de ellas es la acción para fijación del plazo para el cobro, tendiente a obtener la fijación judicial de un plazo para el pago del

dividendo. La otra de las acciones es la tendiente a cobrar los dividendos ya devengados. Ambas acciones, tienen plazo de prescripción trienal conforme lo dispone el art. 848 inc. 1 del Cód. Comercio, toda vez que se trata de acciones que nacen del contrato social[168].

IX. Las tres etapas de la vida de la Sociedad Anónima

IX.A. Constitución

IX.A.1. Forma y contenido del contrato constitutivo

Antes de mencionar las formas que se deben adoptar para dar nacimiento a la sociedad, es necesario aclarar la diferencia entre contrato constitutivo y estatuto. El primero, es un acto de contenido amplio, toda vez que contiene previsiones “ajenas a los estatutos, como la elección de autoridades o los compromisos de suscripción del capital de la entidad, u otras resoluciones igualmente circunstanciales; pero los “estatutos” integran el acto constitutivo en cuanto reciben ese nombre todas las disposiciones que se adoptan genéricamente para regir la vida futura de la institución (...) En suma, los “estatutos” integran el acto jurídico constitutivo y condensan todo cuanto éste de durable y de estructura normativa” [169].

Así entonces, el contrato constitutivo es el instrumento que materializa el acto mediante el cual los socios-accionistas manifiestan un conjunto de declaraciones que la ley exige que queden asentadas en el acto de constitución, tales como la fijación de la sede social, la integración y suscripción del capital, la aceptación de los cargos del directorio, entre otras. En cambio el estatuto es el conjunto de normas que regirá el normal funcionamiento de la sociedad y de sus órganos, que asimismo integra el contrato constitutivo. En adelante, me referiré al contrato constitutivo abarcativo del estatuto.

La importancia del contrato constitutivo radica en que constituye el acuerdo en el que las partes manifiestan la intención de aportar bienes para la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas, dando así nacimiento a la sociedad anónima dotada de personalidad distinta a la de los socios. Es el contrato constitutivo el que marca el inicio de las mas variadas relaciones que se darán entre los socios.

El art. 165 de la LSC dispone que “La sociedad se constituye por instrumento público y por acto único o por suscripción pública”. La norma no sólo refiere la forma exigida para constituir la sociedad, sino que también prevé las dos modalidades de constitución: acto único o suscripción pública. Por no pretender extenderme en el presente trabajo, al hablar de constitución societaria, sólo hare mención a la primera de las modalidades señaladas, ya que la segunda carece de aplicación en nuestros días.

Conforme lo dispone la primera parte del art. 165 LS.C., la forma a ser observada a la hora de constituir un nuevo ente es el instrumento público, lo que constituye una excepción al régimen dispuesto por el art. 4 de la L.S.C. que dispone que: “El contrato por el cual se constituya o modifique una sociedad se otorgará por instrumento público o privado”.

Si bien es sabido que cuando hablamos de instrumento público no sólo nos referimos a la escritura pública, debemos aceptar que en la práctica es ésta la más utilizada. Entonces, es por medio de la escritura pública el instrumento por el cual se materializa la constitución

de la mayoría de las sociedades anónimas[170]. En caso de no observarse dicha formalidad, el acto, en principio será nulo[171].

Sin perjuicio de ello, existen supuestos en los cuales no es exigida por las L.S.C. o leyes especiales la forma del instrumento público, tales como i) las sociedades que se constituyen entre los herederos de una sucesión, en cuyo caso se instrumentan por vía de un acta judicial (art. 28 LSC y arts. 51 y 53 ley 14.394); ii) la constitución de sociedad por los acreedores quirografarios del fallido, constituida con motivo de un acuerdo preventivo o resolutorio en el marco del concurso (art. 43, ley 24.522); iii) la constitución sucesiva de sociedades anónimas, en las que el instrumento originario es el acta asamblearia constitutiva (art. 179, LSC)[172].

En cuanto al contenido del contrato constitutivo, además de los requisitos dispuestos por la norma genérica del art. 11 de la L.S.C., las S.A. deben cumplimentar lo dispuesto en el art. 166 L.S.C., el que en su inc. 1 dispone que el instrumento de constitución deberá contener, respecto del capital social, “la naturaleza, clases, modalidades de emisión y demás características de las acciones, y en su caso, régimen de aumento”. Se debe especificar todo lo relativo a las acciones en las que se divide el capital social.

Por su lado, el inc. 2 del art. 166 L.S.C., exige que se deje constancia de la suscripción del capital social, el monto y la forma de integración. La suscripción debe ser total; la forma de integración puede ser en especie o dinero; y el monto en caso de ser dinero puede efectuarse a plazo. Asimismo exige que, si correspondiere, se establezca el plazo para el pago del saldo adeudado, el que no podrá exceder de dos años. Ello en virtud de que, tal como mencionaré, en caso de ser aporte en dinero no es necesario que se integre el 100%, sino se exige al menos el 25%; el dinero restante debe integrarse en el plazo que ha de determinarse en el acto constitutivo, el que no podrá ir más allá de dos años.

Por último, el inc. 3 de la norma referida exige que en el acto de constitución se deje constancia de la elección de autoridades del Directorio y Sindicatura, si hubiere, fijando a su vez el término de su ejercicio. Es necesario dejar constancia no sólo de la elección de los sujetos designados sino también la aceptación del cargo a fin de evitar tener que completarlo posteriormente. Asimismo, en el mismo acto los sujetos implicados deben constituir domicilio especial a todos los efectos legales. El plazo de duración de cada ejercicio, conforme el art. 257 L.S.C., no puede exceder de tres ejercicios. Es aconsejable no disponer períodos cortos -un año por ejemplo- ya que cada vez que se cumpla el corto período se deberá necesariamente convocar asamblea para modificar o prorrogar los cargos que finalizaron su fugaz desenvolvimiento.

En cuanto a las reformas del contrato constitutivo, el art. 165 L.S.C. no exige que el mismo sea modificado mediante escritura pública, sino que puede llevarse a cabo por medio de instrumento privado conforme lo dispone el art. 4 L.S.C.; situación que en la práctica se realiza mediante el acta de asamblea (art.188, L.S.C.)[173].

Por último, ¿qué ocurre si no existe contrato constitutivo? Sin pretender extenderme en el tema, es importante al menos mencionar que la inexistencia de contrato no acarrea la inexistencia de la sociedad. En los hechos podría suceder que el acto constitutivo no sea materializado, tal como ocurre en el caso de las sociedades de hecho. Éstas funcionan como sociedad con objeto comercial, pero se ha omitido la instrumentación. O también puede

ocurrir que se trate de una sociedad con contrato constitutivo materializado, pero que sólo se incumpla con la continuidad registral -sociedades irregulares-. Ninguna de ellas dejará de ser sociedad por no tener contrato o no tenerlo inscripto, pero si serán tratadas de forma diferente: se les reconocerá una personalidad precaria y limitada. Precaria ya que cualquiera de los socios en cualquier momento puede requerir la disolución. Limitada, pues su capacidad se encuentra restringida para adquirir bienes registrables[174]. Asimismo, en ambas, el régimen de responsabilidad será diferente, toda vez que la ley impone la responsabilidad ilimitada y solidaria entre los socios (art. 23 L.S.C.), entre otras diferencias mencionadas en el art. 21 y ss. L.S.C.

Por todo lo expuesto, vemos cómo en el régimen de las sociedades anónimas las formalidades se encuentran estrictamente legisladas. Se evidencia de ello que en la S.A. la libre voluntad de las partes a la hora de “armar” el contrato se encuentra limitada a las exigencias dispuestas por la L.S.C, contrariamente a lo que sucede en el fideicomiso donde las partes gozan de la autonomía de la voluntad a la hora de esquematizar el negocio jurídico.

IX.A.2. Registración del contrato.

El régimen de registración de la sociedad anónima difiere del proveído para el fideicomiso. Las normas de orden público de la L.S.C., los principios de limitación de responsabilidad, y sobre todo los involucrados intereses de terceros, hacen que se exija ineludiblemente la inscripción del acto constitutivo del nuevo ente.

Otaegui, sostiene que, “comerciar en sociedad implica comerciar indirectamente actuando bajo reglas de responsabilidad diferentes de las aplicables de comerciar directamente (...) Para que dichas reglas sean oponibles a terceros, las mismas deben tener adecuada publicidad y esto es lo que justifica la necesidad de la registración de las escrituras de sociedad, (...)”[175].

Por ello, el contrato constitutivo que da nacimiento a la sociedad debe ser presentado a la autoridad de control administrativa -en el caso de Ciudad Autónoma de Buenos Aires ante Inspección General de Justicia- quien verificará el cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales exigidos por la L.S.C., leyes especiales y normas administrativas[176].

Ahora bien, no debe olvidarse, como manifesté en títulos anteriores, que la inscripción del contrato constitutivo no da nacimiento a la sociedad, sino que por el contrario, el nuevo ente se crea desde el momento mismo en que las partes se comprometen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios. La registración es sólo una condición de regularidad de la sociedad y oponibilidad respecto de terceros[177].

La inscripción de sociedades anónimas se encuentra regulada por el art. 167 L.S.C. Si bien se establece un doble mecanismo -autoridad de contralor y luego juez de registro- lo cierto es que en la práctica, y al menos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el procedimiento se ha unificado en la Inspección General de Justicia. El trámite debe ser cumplido por los representantes estatutarios, quienes generalmente llevarán adelante todo el trámite hasta su inscripción.

La falta de inscripción del contrato no implicará inexistencia o nulidad de la sociedad, sino que en todo caso no será oponible a terceros, ni tampoco podrá ser aplicado el régimen de limitación de responsabilidad. Por ello, los accionistas ante la celebración del contrato constitutivo tienen dos vías posibles; inscribir el contrato, en cuyo caso éstos podrán gozar del beneficio de la limitación de responsabilidad, quedando resguardados de cualquier contingencia del giro comercial; o no inscribirlo, caso en el cual los socios deberán responder personal e ilimitadamente en caso de que se produzca algún hecho merecedor de reparo[178].

IX.A.3. Plazo de duración.

En cuanto al plazo de duración de la sociedad, la L.S.C. es más flexible que el régimen de fideicomiso. Si bien el art. 11 inc. 5 dispone que el plazo de la sociedad deberá estar determinado en el contrato, la realidad es que no limita su existencia a un plazo específico.

La exigencia de la ley se cumplimenta con la inserción de una cláusula en el estatuto que disponga claramente el número de años que la sociedad vivirá. En la práctica, usualmente se suele estipular como plazo el de noventa y nueve (99) años, el que inclusive antes de expirar puede ser prorrogado o inclusive reconducido (art. 94 inc. 2 y art. 95 L.S.C.).

La importancia de la amplitud del plazo se refleja sobre todo en la posibilidad que tendrán los accionistas para desarrollar los proyectos y actividades comerciales que se propusieron como objeto social. Mientras más extenso sea el plazo, más posibilidades tendrán los socios de ver crecer y concretar las actividades comerciales. Por ello, el plazo deberá ser acorde al objeto societario.

El término es uno de los puntos estratégicos a tener en cuenta a la hora de pensar la instrumentación de un negocio o actividad comercial. El fideicomiso tiene un plazo de duración relativamente “corto” -de treinta (30) años- lo que permitirá pensar en proyectos concretos que comienzan y finalizan en ese período. En cambio, mediante las sociedades comerciales pueden desarrollarse emprendimientos que tengan como objetivo el desarrollo de actividades comerciales que necesitan de un plazo mayor de crecimiento, de evolución y desarrollo, o actividades que se puedan continuar de generación en generación.

IX.A.4. Aportes. Modo de funcionamiento. Suscripción e integración originaria y sucesiva

La L.S.C. ha estructurado para las sociedades anónimas las reglas de suscripción e integración del capital social, dejando acotada la autonomía de la voluntad de las partes. Es así como se refiere a capital suscrito y capital integrado. El primero se representa la totalidad de aportes que los socios-accionistas se han comprometido a aportar en el contrato constitutivo; en cambio el segundo se refiere al cumplimiento del aporte comprometido.

Conforme con ello, el art. 186 L.S.C. dispone que “el capital debe suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo”, no pudiendo ser el mismo inferior a \$100.000[179].

Como mencioné, suscribir el capital social es asumir la obligación de aportar ciertos bienes con el fin de constituir la sociedad. Y la L.S.C. exige que tal suscripción sea íntegra al

momento de la constitución a fin poder conocer el monto total de capital social y el que cada socio suscribe. En este último caso, conocer el aporte de cada socio, permitirá saber el porcentaje de sus beneficios y responsabilidades, así como también determinar quién incurrió en mora en la integración[180].

Sasos Betes - Sasot afirma que “Tanta importancia se ha asignado a la suscripción íntegra del capital fundacional, que la doctrina es coincidente en el sentido de que si el capital social previsto en los estatutos no ha sido suscrito íntegramente, este capital no puede, sin el consentimiento de los suscriptores y de los fundadores, ser reducido al monto de lo suscrito; es necesario en este caso anular las suscripciones y constituir otra sociedad”. [181]

De la misma manera, el art 186 de la L.S.C dispone que el capital suscrito no podrá ser inferior a \$12.000, aunque por facultad del Poder Ejecutivo dicha suma ha sido elevada por Decreto 1331/2012 a \$100.000[182]. Con ello, la ley dispone la necesidad que las sociedades anónimas cuenten con un capital mínimo, con lo que se pretende evitar el nacimiento de sociedades con capitales inocuos e inoperantes para la prosecución de su objeto social[183].

Por su lado, el art. 187 L.S.C., se refiere a la integración del capital societario, haciendo un distingo entre los aportes realizados en dinero en efectivo o en especie. Respecto de los primeros, el aporte puede ser integrado en su totalidad al momento de constitución o bien hacerlo de manera diferida, requiriendo solamente que se integre al menos el veinticinco por ciento (25%) en el acto de constitución.

El cumplimiento de la integración total o mínima -del 25%-, se justifica mediante el comprobante de depósito realizado en un banco oficial a cuenta de la futura sociedad a constituir. Una vez inscripta la misma, la suma depositada debe ser retirada a fin de conformar efectivamente parte del capital social. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin embargo, y conforme las normas de la Inspección General de Justicia -art. 68, Resolución 7/2005 IGJ-, la acreditación se realiza por medio de la manifestación del escribano en el contrato constitutivo que los socios efectuaron los aportes a los administradores de la sociedad o a él mismo.

En caso que los socios decidan efectuar los aportes en dinero de manera diferida, deberán integrar la parte faltante hasta dentro del plazo máximo de dos años, el cual deberá ser fijado por las partes en el contrato constitutivo (art. 166 inc. 2 LSC). En caso de silencio, se entenderá que se ha estipulado en el plazo máximo de dos años[184].

En caso de aportes no dinerarios, esto es, en especie, los mismos deben integrarse totalmente.

De las normas de la L.S.C. referidas, se evidencia una vez más la preocupación en la integración total del capital social, y ello por ser esencial tanto para la constitución y existencia de la sociedad anónima, para garantizar el cumplimiento de su objeto societario y para proteger a los terceros de la inexistencia de bienes con los que asegurar sus créditos.

IX.A.5. ¿Qué bienes se pueden aportar?

En las sociedades anónimas, el aporte sólo puede tratarse de obligaciones de dar en propiedad bienes determinados susceptibles de ejecución forzada (art 39 de la LSC)[185], pudiendo integrarse con bienes dinerarios, o no dinerarios, esto es, en especie.

IX.A.5.a) Aportes de sumas de dinero

Los aportes en dinero deben suscribirse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo e integrarse al menos el 25% del monto total suscrito, pudiendo integrar el restante 75% en un plazo máximo de dos años, salvo que el contrato constitutivo dispusiera uno menor.

El aporte dinerario sólo puede ser aportado en propiedad, ya que en caso contrario estaríamos hablando de un contrato de mutuo, y no de aporte societario (arts. 45, LSC; art. 558, Cód. Comercio; art. 2240 Cód. Civil).

Es interesante destacar que si bien en principio el aporte en dinero no suscita problemas -ya que no es necesaria su tasación-, en caso de aportes en moneda extranjera la cuestión se torna cuestionable. Las preguntas frecuentes al respecto se refieren a cuál es el valor real que se le otorgará al mismo y cuál será su tratamiento[186]. Al respecto considero que conforme el art. 617 del Cód. Civil la obligación de dar sumas de moneda extranjera será considerada obligación de dar sumas de dinero[187]. Y en relación a su valuación, deberá estarse al tipo de cambio aplicable al momento del aporte, por lo que su valor y su representación se subordinarán a factores externos determinados por el mercado de cambios, los que sobre todo en nuestro país son extremadamente variables y temporales[188].

Debe recordarse que el capital social debe estar siempre expresado en moneda de argentina, razón por la cual los aportes realizados en moneda extranjera deben ser convertidos en moneda argentina de curso legal (art. 11, inc. 4). Asimismo, el art. 207 LSC dispone que el valor de las acciones estará expresado en moneda argentina.

IX.A.5.b) Aporte en especie

El aporte en especie, a diferencia del dinerario, debe suscribirse e integrarse totalmente al tiempo de la celebración del contrato constitutivo. La ley no otorga la posibilidad de integrar esta clase de aporte de manera diferida, sino que debe ser total al momento de celebrar el acto constitutivo.

La ley 19.550 es terminante al exigir que en las sociedades anónimas los aportes en especie, además de consistir en obligaciones de dar, deben cumplir con ciertos requisitos inexcusables: a) tratarse de bienes determinados, es decir, susceptibles de tener un valor económico que pueda registrarse en el inventario societario[189]; b) aportados en propiedad, es decir, debe existir un verdadero desplazamiento del bien del patrimonio del socio para ingresar al capital de la sociedad; c) susceptibles de ejecución forzada (art. 39 LSC); y d) cumplirse, para su transferencia con los demás requisitos impuestos por las leyes de acuerdo a la naturaleza de los bienes (art. 38 L.S.C.).

En general, el aporte de bienes en especie presenta mas obstáculos para su rápida integración que el aporte en dinero, ya que requiere de una valuación previa por parte de

los aportantes o de la asamblea con posterior aprobación por parte del órgano de control (art. 53 LSC); asimismo deben observarse las formas para transferir el dominio a la sociedad, exigidas por las leyes según la naturaleza de los bienes; y también llevarse a cabo la inscripción preventiva a nombre de la sociedad, en caso que corresponda (art. 38 LSC).

Una vez manifestados los conceptos básicos respecto a los aportes en especie, cabe preguntarnos, ¿qué bienes se pueden aportar a la sociedad anónima? O, ¿cuáles son los bienes que deben descartarse como bienes aportables?

Respondiendo por la negativa, los bienes o derechos que no pueden aportarse son los de goce o uso de una cosa, como una locación, usufructo[190]. Como mencioné, deben aportarse bienes y derechos dados en propiedad y susceptibles de ejecución forzada (art. 39 LSC). Por lo que tampoco podrían aportarse bienes sobre los que no puede trabarse embargo, sean estos ropa, muebles de uso familiares, pensiones y litisexpensas, entre otros[191].

Del mismo modo, no pueden darse en aporte los servicios personales, ya que los aportes sólo pueden consistir en obligaciones de dar, no de hacer.

Sin perjuicio de lo mencionado, los bienes y derechos de goce, de uso y las obligaciones de hacer, si bien no pueden aceptarse como aportes, si podrán serlo como prestaciones accesorias conforme lo dispone el art. 50 de la L.S.C.[192].

Por el otro lado, respondiendo por la positiva, pueden darse en propiedad toda clase de bienes, tanto bienes muebles -registrables o no-, bienes inmuebles, como así también todos aquellos derechos que, debidamente instrumentados, se refieran a bienes susceptibles de ser aportados, sean susceptibles de ejecución forzada (art. 39 LSC) y no sean litigiosos (art. 40 LSC).

Las formas que se deberán observarse para realizar el aporte, dependerá de las normas y leyes que existan conforme la distinta naturaleza de los bienes a transferir (art. 38 LSC).

IX.A.5.b) 1. Aporte de bienes registrables

En caso de transferirse en aporte bienes registrables, sean éstos muebles o inmuebles, debe tenerse presente la norma dispuesta en el tercer párrafo del art. 38 de la L.S.C. La misma dispone que “cuando para la transferencia del aporte se requiera la inscripción en un registro, ésta se hará preventivamente a nombre de la sociedad en formación.”

La mencionada norma prevé el inevitable lapso de tiempo que transcurre desde el momento de la constitución de la sociedad hasta su inscripción en el Registro Público de Comercio, logrando con ello que los bienes registrables aportados, desde el momento de su aporte, queden fuera del alcance de los acreedores particulares de los socios[193].

De ello surge la feliz consecuencia que desde la constitución de la sociedad e inscripción provisoria de los bienes registrables, los mismos pasan a ser de titularidad de la sociedad, no más de los socios. Lo que genera como efecto que los acreedores personales de los socios

no podrán atacarlos por deudas propias del accionista aportante, salvo fraude o mala fe (art. 961 Cód. Civil).

IX.A.5.b) 2. Aporte de derechos

En el caso en que se pretendan aportar derechos, la ley de sociedades comerciales, además de los requisitos genéricos para todo aporte, exige en su art. 40 que para que puedan ser aportados los derechos: a) deben encontrarse debidamente instrumentados, b) tratarse de bienes susceptibles de ser aportados, y c) no ser litigiosos. Requisitos que tienen por finalidad evitar fraudes y asegurar el real aporte de los bienes para poder de ese modo hacer efectiva la formación del capital, “prenda común de los acreedores” [194].

Debidamente instrumentados, refiere a la forma escrita y en especial la forma que requieran las leyes que rigen el derecho a aportar. La ley considera que la instrumentación es condición esencial de la existencia del derecho y de la posibilidad de su transferencia[195].

Bienes susceptibles de ser aportados, en el sentido que los mismos tengan un verdadero valor económico, para así poder ser registrados en un inventario y poder generar ganancias o facilitar su obtención[196].

No litigiosos, ya que no deben encontrarse sometidos a controversia judicial o extrajudicial alguna. Debe tratarse de la titularidad pacífica del derecho.

De entre los derechos aportables merecen especial atención:

a) Patentes de invención y modelos de utilidad. Reguladas por la ley 24.481, las patentes de invención [197] y los modelos de utilidad [198] pueden ser transferidos como aportes a las sociedades anónimas, siendo solamente admisible la transferencia en propiedad conforme art. 45 L.S.C.

Al tratarse de bienes registrables, deberá observarse lo dispuesto por el art. 38 L.S.C., por lo que deberá practicarse obligatoriamente la inscripción preventiva a nombre de la sociedad en formación.

b) Marcas. Reguladas por la ley 22.362 [199], al igual que las patentes y modelos de utilidad, son transferibles y factibles de ejecución forzosa, por lo que pueden aportarse a las sociedades anónimas.

Conforme ley de marcas, deben ser registradas, por lo que para ser aportadas deberían ser inscriptas conforme lo dispone el art. 38 de la LSC.

c) Modelos y diseños industriales. Se encuentran regulados por el Decreto Ley 6673/63, definidas como aquellas formas o aspectos incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental.

Son libremente transferibles conforme el art. 15 DL 6673/63, y susceptibles de ejecución forzada, por lo que igualmente pueden ser aportadas a la sociedad anónima, previa inscripción preventiva a nombre de la sociedad en formación.

d) Derechos de autor. La ley 11.723 regula los derechos de propiedad sobre las obras científicas, artísticas y literarias. Se regulan los derechos patrimoniales y derechos morales del derecho del autor. En las sociedades se podrá solamente aportar los derechos patrimoniales nacidos del derecho de autor.

Si bien no todas las obras son obligatoriamente registrables, en el caso de serlo, como las obras publicadas y publicaciones periódicas, para su aporte deben ser previamente inscriptas conforme art. 38 LSC.

IX.A.5. b) 3. Aporte de créditos

En el caso de las sociedades anónimas, y dada la exigencia legal de los arts. 38, 39, 40 y ccs. L.S.C., todos los aportes deben consistir en obligaciones de dar en propiedad bienes susceptibles de ejecución forzada y no ser litigiosos. Por ende, los créditos a aportar deberán gozar de las mismas características; pueden aportarse aquellas acreencias, sólo en la medida en que los derechos que lo integran tengan por objeto dar sumas de dinero, bienes o servicios en propiedad, susceptible de ejecución forzosa y no ser litigiosos.

No pueden cederse créditos sobre cosas futuras -ya que puede darse la imposibilidad del aporte-, tampoco pueden darse en cesión obligaciones naturales -ya que su cumplimiento no puede ser exigido por medio de acciones judiciales-, y los derechos personalísimos -ya que son derechos inseparables de la individualidad de la persona-[200].

En relación a las formas que deben observarse, considero que, si bien el art. 41 dispone que basta con la constancia en el contrato constitutivo de la cesión, la referida norma debe ser complementada con las normas del Cód. Civil. En tal sentido, es recomendable que el deudor cedido sea notificado de la cesión conforme art. 1467 del Cód. Civil a efectos de tener pleno conocimiento de su nuevo acreedor: la sociedad cesionaria. Sin perjuicio de ello, debe destacarse que el aporte del crédito se produce desde el momento mismo de la celebración del contrato constitutivo, mas allá de que los efectos frente al deudor cedido se producirán desde la notificación (art. 1459 Cód. Civil).

Asimismo, el art. 41 L.S.C. establece que el socio aportante es responsable de la existencia, legitimidad y cobrabilidad del crédito, ya que en caso de que el mismo no pueda ser cobrado la obligación del accionista se convertirá en la de aportar sumas de dinero. Es decir, la misma ley es la que impone una novación ex lege convirtiendo la obligación del socio debiendo entregar, en el plazo de 30 días, la suma de dinero por la que se hubiera obligado en el acto constitutivo.

No considero que, como sostiene Roitman[201], ante el incumplimiento de pago por parte del tercero deudor del crédito, la sociedad como cesionaria pueda iniciar acciones judiciales para perseguir el cobro, ya que la ley que impone la novación inmediata, y toda vez que en caso contrario se estaría permitiendo la posibilidad de ceder un crédito que en definitiva se convierte en litigioso (art. 40 L.S.C). El fundamento de la novación impuesta por el legislador, y la imposibilidad de aportar bienes, derechos o créditos litigiosos, se

asientan en la necesidad de que el capital social sea sólido y real, a fin de lograr que los objetivos societarios puedan ser alcanzados.

Operada la novación, en caso de que el socio no hiciera efectivo el cumplimiento del aporte en dinero en el plazo legal dispuesto o en un plazo mayor acordado en el contrato constitutivo, se producirá la mora automática conforme el primer párrafo del art. 37, y la sociedad anónima podrá, siempre que este previsto en el estatuto: a) rematar los derechos de suscripción de las acciones en mora, como modo de exclusión del socio, o b) disponer la caducidad de los derechos, previa intimación a integrar. Sin perjuicio de ello, la sociedad podrá exigir siempre el cumplimiento del contrato de suscripción. Todo ello conforme art. 193 L.S.C.[202].

IX.A.5.b) 4. Fondo de comercio

El fondo de comercio es definido por Roitman como la “universalidad jurídica integrada por un conjunto de cosas y valores tangibles como intangibles, entre los que existe interdependencia que los hace solidarios entre si, siendo como tal algo más que la mera suma de los elementos que lo conforman dirigidos a la obtención de beneficios”[203].

Esta universalidad comprende tanto de bienes materiales -camiones, inmuebles, maquinarias, mercaderías,- como de bienes inmateriales -patentes de invención, marcas, modelos industriales, inclusive la clientela y el valor llave-[204].

Si bien ciertos de sus elementos no pueden ser aportados individualmente -como el valor llave o la clientela- por no ser susceptibles de ejecución forzosa, cuando el aporte se hace “en bloque”, como empresa en marcha, si pueden ser considerados como bienes a aportar[205]. El valor del aporte será el valor del fondo de comercio, considerando a éste como una universalidad, y no a cada uno de los bienes que lo integran.

La ley 19.550, en su art. 44 permite que el fondo de comercio sea aportado tanto en las sociedades personalistas como las de capital, exigiendo que previamente se confeccione un inventario y se efectúa una valuación del fondo conforme las disposiciones especiales de la ley 11.867.

IX.A.5.b) 5. Bienes gravados

La ley 19.550 en su art. 43 permite que sean aportados bienes gravados. En tal sentido, pueden ser aportados bienes muebles, inmuebles, créditos y derechos que se encuentren afectados por un gravamen como embargo, hipoteca, prenda, warrant, entre otros.

La norma mencionada dispone que, a efectos de poder ser aportado, deberá valuarse el bien a aportar y luego deducir del mismo el monto del gravamen, siendo lógicamente necesario que el valor del gravamen sea menor al valor del bien; caso contrario estaríamos ante un aporte inexistente (art. 16) [206].

El gravamen debe estar perfectamente especificado en el estatuto, conforme lo dispone el art. 43 LSC. Si no se cumple con ello, el bien no puede aportarse, y si igualmente se efectuara será un aporte inválido sancionado con la nulidad (art. 16 L.S.C) [207].

IX.A.5.c) Aportes combinados

Por último, cabe preguntarse si la L.S.C. permite que se realicen aportes combinados, es decir, parte de aportes en dinero y parte en especie.

Tal como vimos a lo largo del presente trabajo, existen dos momentos del aporte: la suscripción y la integración. Conforme al primero, para el art. 186 LSC, la suscripción debe ser total al momento de la celebración del contrato constitutivo. En este caso podría suceder que por ejemplo al constituir la sociedad anónima, los socios A y B pretendan suscribir un total de \$300.000, obligándose el socio A a integrar \$100.000 en dinero en efectivo y \$100.000 con un inmueble; y el socio B se obliga a integrar \$100.000 en dinero en efectivo.

Respecto de la segunda etapa -la integración del capital social- el primer párrafo del art. 187 LSC dispone que la integración en efectivo deberá ser como mínimo del veinticinco por ciento (25%), porcentaje que se calcula sobre la totalidad del capital aportado en dinero en efectivo. En su párrafo segundo, y refiriéndose al aporte no dinerario, dispone que los aportes en especie deberán integrarse totalmente al momento de llevar adelante el acto constitutivo. En el caso del ejemplo, si el total del aporte suscripto en dinero en efectivo es de \$ 200.000, deberían los socios A y B integrar como mínimo \$50.000 (25% de \$200.000), debiendo integrar el resto, en un plazo no mayor a dos años (art. 166 LSC). Respecto del aporte del inmueble, por ser aporte no dinerario, debería integrarse en su totalidad al momento del contrato constitutivo.

Vemos con ello que es válidamente factible poder realizar un aporte combinado, sin causar perjuicios ni confusiones jurídicas [208].

IX.A.6. Mora o incumplimiento en la integración de los aportes

La sociedad anónima tiene un régimen propio y especial en relación a la mora -arts. 192 y 193 L.S.C.-, toda vez que la integración del capital junto con la “despersonalización de sus integrantes” hacen de la anónima una sociedad con características que la diferencian de las demás. La persona del socio no tiene importancia, centrándose las miradas sobre la efectiva integración del aporte. Por ello, el mecanismo de exclusión dispuesto por el art. 37 de la LSC, es dejado de lado, instituyendo así mecanismos jurídicos propios.

Previo a explayarme sobre la mora, debe tenerse presente que los arts. 37 y 192 de la L.S.C no sólo regulan el caso del incumplimiento total de la integración de los aportes, sino que también comprenden aquellos casos en que el cumplimiento es defectuoso, diverso al acordado en el contrato constitutivo[209]. Por ello, el socio que no cumpla con el aporte en las condiciones estipuladas en el contrato constitutivo, incurre en mora y debe resarcir los intereses y daños que causare a la sociedad.

El art. 192 de la L.S.C. dispone que la mora se produce conforme el art. 37 L.S.C. Es decir, “mora por el mero vencimiento del plazo”, o, en su defecto, desde la inscripción de la sociedad[210], y “debe resarcir los daños e intereses”, agregando que se “suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora”. Lo analizaremos de manera fragmentada.

En primer lugar, cabe destacar que el referido se trata de un régimen en el que la mora automática toma protagonismo, sin necesidad de interpelación o intimación previa al socio.

La consecuencia principal a la que remite el art. 192, es la de “resarcir los daños e intereses”, los que podrán ser reclamados por la sociedad en caso de que los accionistas al incurrir en mora le causen perjuicios.

En segundo lugar, el art. 192 L.S.C. dispone que asimismo se suspenderá automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora. Sin necesidad de interpelación, la ley dispone que todos los derechos que nacen de las acciones en mora serán suspendidos, por lo que continuarán en ejercicio sólo los derechos que nacen de las efectivamente integradas.

Toda vez que el legislador no dispuso qué clase de derechos se suspenden y cuáles no, debe considerarse que se suspenden todos los derechos inherentes a la calidad de socio. Tanto los derechos políticos y patrimoniales, entre ellos, el derecho de información, de asistencia, de voto, derecho a los dividendos, suscripción preferente, el cómputo de las acciones a los fines del quórum, entre otros[211]. En todos los casos, la suspensión cesará de pleno derecho desde el momento mismo en que el socio integre efectivamente el aporte respecto del que se encontraba en mora

Asimismo, pueden producirse otras consecuencias, que, si bien no son de las que dispone la ley, se prevean en el estatuto. Conforme el art. 193 L.S.C., la sociedad podrá optar por aplicar ciertas sanciones, siempre que las mismas estuvieren previstas en el estatuto.

Si bien la norma mencionada ut supra señala solamente dos sanciones -venta en remate de las acciones y la caducidad de los derechos de suscripción previa intimación por el plazo de treinta (30) días-, lo cierto es que la mención de las mismas es meramente ejemplificativa. Las partes podrán prever las sanciones o soluciones que más se adecúen a sus intenciones. En tal caso, por ejemplo, será factible que las partes pacten que en caso de incurrir en mora, las acciones serán adquiridas por los accionistas restantes en proporción a su tenencia accionaria; o asimismo podrá ellos disponer la venta de las acciones, ya no por el método del remate público, sino por la mera transferencia privada[212].

Por ende, las partes podrán pactar en el estatuto, conforme lo dispuesto en el art. 193 LSC, que:

a) los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora, sean vendidos en remate público o por medio de agente de bolsa si las mismas fueran cotizables. Los gastos del remate serán a cargo del moroso, como así también los daños que causare a la sociedad y deberá también los intereses moratorios (conf. Art. 37 LSC).

En estos casos, el precio de la venta jamás podrá ser inferior a los aportes adeudados, es decir que “la base de la venta es el saldo insoluto más los accesorios, y si se obtuviere un precio mayor éste le corresponde al accionista, luego que fueran deducidos los intereses, los gastos y los daños y perjuicios que hubiere ocasionado a la sociedad. Si no alcanza a satisfacer el precio la sociedad conserva sus derechos contra el socio por la parte faltante y los daños” [213].

b) establecer que se produzca la caducidad de los derechos del moroso, previa intimación a integrar en un plazo no mayor a treinta (30) días, con pérdida de las sumas abonadas. Tal como lo dispone la norma art. 193 L.S.C., sobre todo porque la caducidad de los derechos del moroso produce la pérdida de las sumas abonadas, debe previamente intimarse al deudor moroso a la integración.

La integración, una vez efectuada la intimación, debe darse en un plazo no mayor a treinta días. La doctrina es uniforme en considerar que el plazo mínimo prudencial será de al menos quince (15) días, a fin de que el moroso disponga de tiempo para hacerse del aporte a integrar.

En el caso en que se hubiere pactado la caducidad de los derechos en mora, inevitablemente deberá procederse a: a) la cancelación de las acciones en mora, b) con la consecuente necesidad de reducir el capital social, y c) con la pérdida de las sumas abonadas[214].

La necesidad de reducir el capital social surge ya que al producirse la caducidad de los derechos, dejan de existir las participaciones societarias que correspondían a las acciones en mora; es decir, quedan acciones “vacías”. Para resguardar los verdaderos valores del capital, debe procederse a la reducción del mismo, salvo que inmediatamente se procediera a su reintegro[215].

Por último, el art. 193 in fine L.S.C., deja abierta la posibilidad que la sociedad opte por el cumplimiento del contrato de suscripción. Está previsto o no en el estatuto, la sociedad siempre se estará legitimada para hacer uso de esta opción. Es la vía más razonable que pretende la satisfacción de los saldos no integrados, más los daños e intereses derivados de la mora. El reclamo puede ser judicial o extrajudicial, aunque en este último caso si el moroso no cumple, no quedará otra vía posible que iniciar acciones judiciales. Una vez satisfechos los importes adeudados, la sociedad debe restituirle el estado de socio, con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva.

IX.B. Funcionamiento

IX.B.1. Posibilidad de suscripción e integración sucesiva. Incorporación de nuevos bienes. Aumento de capital

Constituida la sociedad, puede suceder que durante su funcionamiento se necesite la incorporación de nuevos bienes, lo que puede ocurrir de diversos modos.

Una de ellas, por vía de préstamos de terceros tomados por la sociedad, en cuyo caso tanto el activo como el pasivo sufren un incremento.

Otra, por vía de nuevos aportes efectuados por los accionistas o de terceros, en cuyo caso, a diferencia del anterior, crece el capital social contabilizado en el patrimonio neto de la sociedad y nace un nuevo conjunto de derechos para quien lo aportó; figura jurídica a la que me referiré y que se denomina en el derecho societario: aumento de capital.

Sin perjuicio de lo que mencionaba en el párrafo precedente, cabe aclarar que el aumento de capital puede generarse por diversas situaciones. Es decir, no sólo se nace del aporte de

nuevos bienes efectuados por los accionistas o terceros que se convierten en socios, sino también por la capitalización de reservas o de fondos especiales, denominadas asimismo capitalización de cuentas del balance [216]. En el presente trabajo sólo haré referencia al aumento de capital producido por el aporte de nuevos bienes por los accionistas a la sociedad.

En general, la necesidad de realizar nuevos aportes por parte de los socios, y todo aumento en general, puede darse por razones de las más variadas, como por ejemplo, para sanear el pasivo societario, recomponer el mismo para adecuar el capital a la realidad patrimonial de la empresa, para financiar a la sociedad a baja tasa mediante el aporte dinerario de los socios, entre otras.

La L.S.C. diferencia dos supuestos de aumento de capital en las sociedades anónimas cerradas:

a) uno, el autorizado estatutariamente a aumentar el capital hasta el quintuplo (art. 188 primero párrafo), en cuyo caso la decisión será tomada mediante asamblea ordinaria y sin necesidad de conformidad administrativa posterior (arts. 234 y 243 LSC).

Este supuesto sólo podrá proceder en los casos en que, tal como manifesté, sea el estatuto el que prevea la posibilidad de aumento hasta el quintuplo, ello en virtud de considerar que esta forma de modificar el estatuto mediante asamblea ordinaria es una forma excepcional de alterar uno de los elementos esenciales de la sociedad[217].

El quintuplo se calcula sobre el monto del capital social originariamente suscrito. Es decir, la asamblea ordinaria podrá decidir varios aumentos de capital sucesivos pero siempre teniendo en cuenta el límite referido; no necesariamente debe disponerse de una sola vez el aumento hasta el quintuplo. Pero sí, una vez cubierta tal cifra, la previsión estatutaria se agota [218] y a partir de ese momento deberán observarse las normas que prevén el aumento de capital mayor al quintuplo.

Como mencioné, la decisión de aumentar hasta esta cifra es tomada por la asamblea ordinaria. A efectos de otorgar publicidad a la modificación de uno de los elementos esenciales, debe ser inscripta el acta de asamblea por medio de la cual se decide el aumento de capital, y el acta por medio de la cual se decide la suscripción del mismo, salvo que ambos actos se correspondan a un momento único en la que se inscribirá lógicamente una sola acta. A partir de la inscripción de la suscripción, se considera efectivamente ejecutado el aumento de capital. No se requiere conformidad de autoridad administrativa alguna[219].

b) otro, es el caso de las sociedades que no previeron en sus estatutos el aumento de quintuplo, o que previéndolo ya se hubiere alcanzado y superado con aumentos anteriores. Esta decisión deberá ser tomada por asamblea extraordinaria (arts. 235 y 244 LSC), con conformidad de la autoridad de contralor.

En ambos casos, deben cumplirse ciertas formalidades para aumentar el capital social de las sociedades cerradas; podemos resumirlas de la siguiente manera: a) Decisión asamblearia; todo aumento de capital debe ser dispuesto por asamblea, siendo ésta ordinaria o extraordinaria según el caso. La decisión asamblearia debe expresarse sobre el monto, el

valor nominal de las acciones que se emitirán, la modalidad de integración, pudiendo delegar únicamente en el directorio la época de emisión de las acciones; b) Publicidad de la decisión asamblearia en el Boletín Oficial; c) Luego siguen las etapas de emisión, suscripción e integración, las cuales pueden materializarse en el mismo momento en que se realiza la asamblea que decide el aumento, lo que ocurre comúnmente; c) Inscripción en el Registro Público de Comercio de los aumentos, a efectos de poner en conocimiento de terceros el aumento de capital y su forma de suscripción e integración.

Debe tenerse presente que la ley protege a los accionistas -sobre todo los minoritarios- al momento del aumento de capital, toda vez que, ante la decisión de aumentar, se deben respetar siempre las proporciones de capital de cada uno de ellos. Inclusive otorga el derecho de acrecer la participación societaria -a quienes realizarán los aportes- sobre el saldo de acciones que no suscribirán ciertos accionistas. Es decir, si del total de accionistas que tiene la sociedad, algunos de ellos deciden no aportar para el aumento, los que si decidieron suscribir pueden aportar doblemente: primero, en proporción a su tenencia accionaria, y segundo en proporción sobre las acciones de accionistas que decidieron no suscribir la nueva emisión de acciones (art. 194 LSC).

La pregunta que surge inevitablemente -generalmente a los accionistas minoritarios- ante todo aumento de capital es, ¿qué sucede ante el supuesto de no querer o no contar con fondos suficientes para efectuar nuevos aportes? La ley 19.550 se ha encargado de proteger a los accionistas disponiendo de herramientas jurídicas que velan por conservar las participaciones sociales de los mismos. Tanto en los casos de aumento hasta el quintuplo o superando tal cifra, los accionistas pueden ejercer el derecho de recesso conforme el art. 245 L.S.C. En caso que se quiera limitar este derecho, se deberá aplicar el art. 245 in fine de la LSC, el cual sanciona con nulidad cualquier intento mediante el cual se lo pretenda excluir o disminuir en su ejercicio [220].

Asimismo, cabe cuestionarse si la decisión asamblearia de aumentar el capital puede ser sometida a juicio, es decir, si es o no materia justiciable. Considero que cuando se suscite un dilema en torno a la decisión de la modificación del capital el mismo si puede ser sometido a la justicia, toda vez que todo acto que genere “molestias” o injusticias, ya sea por su arbitrariedad o irrazonabilidad dañosa, puede someterse al reparo judicial[221]. El fallo de la CNCom. Sala D, en “Abrecht, Pablo A. y otra c/ Cacique Camping S.A.”, consideró que no todas las cuestiones patrimoniales que suceden en una sociedad son ajenas al concepto de orden público, debiendo por ello la ley permitir la posibilidad de que sean justiciables todos los supuestos en que los abusos comprometan el interés general, conforme art. 1071 Cód. Civil [222].

IX.B.2. Ingreso y egreso de inversores del sistema. Transferencia de acciones

El ingreso de nuevos inversores al negocio societario se puede dar de dos formas:

a) mediante el aumento de capital por decisión asamblearia, con aportes por parte de terceros, en cuyo caso la emisión de las nuevas acciones serán a nombre del nuevo inversor-accionista. Me remito a lo dispuesto en el capítulo de aumento de capital.

b) asimismo, puede darse por la transferencia de las acciones que hicieran los accionistas originarios respecto del total o parte de su participación societaria. En este capítulo me referiré a este último supuesto: la transferencia de las acciones.

La transmisibilidad de las acciones, es una de las características que hacen única a la sociedad anónima. Como he sostenido a lo largo del presente trabajo, la despersonalización, y la división del capital en acciones libremente transmisibles, permiten que las mismas puedan circular fácilmente.

A) Principio de la libre de transmisibilidad

El principio general que rige en la materia es, conforme lo dispone el art. 214 L.S.C., la libre transmisibilidad de las acciones, salvo que por medio del estatuto se prevean limitaciones a la transferencia de las acciones nominativas [223], las que jamás podrán importar la prohibición de su transferencia.

Como señalábamos, la L.S.C. dispone el principio de libre transmisibilidad de las acciones en virtud de dos de los elementos caracterizantes y esenciales de las sociedades anónimas: despersonalización y fácil circulación de las participaciones societarias[224]. Es decir, por no importarle a la ley las condiciones personales de los accionistas, permitió que las acciones sean libremente transferibles y, en consecuencia, la libre cesibilidad del estado de socio.

Por ello, si nada dice el estatuto, los accionistas son libres de transmitir sus participaciones societarias, transfiriendo de la misma manera la condición de socio. De este modo, el conjunto de derechos y obligaciones del transmitente dejan de ser de su titularidad para nacer bajo la del nuevo adquirente.

La transmisión de las acciones nominativas se realiza por medio de la cesión, por lo que a falta de normas en la L.S.C., se aplicarán supletoriamente las del Cód. Civil[225]. En concordancia con ello, el art. 215 L.S.C. dispone la transmisión de las acciones y los derechos reales que las graven, debe notificarse por escrito a la sociedad emisora.

Asimismo, deberán entregarse los títulos, si se hubieren emitido, y se debe proceder a la anotación de la transferencia de las acciones en el libro de accionistas.

Si bien la cesión tendrá efectos entre las partes desde su celebración[226], la inscripción en el referido libro es esencial para que los derechos del adquirente sean oponibles a la sociedad y a los terceros. Hasta tanto no se efectúe la inscripción, el cesionario no puede reclamar la efectividad de ninguno de los derechos que el cedente le transfirió; de ello deriva su importancia[227].

Sin perjuicio de ello, en caso de que las acciones transferidas no se hayan integrado totalmente antes de la transmisión, el cedente quedará todavía ligado a la sociedad aún operada la cesión. Ello, en virtud de que el art. 210 L.S.C. dispone la solidaridad de deudores en caso de que el cedente no hubiere completado la integración de las acciones; el cedente será responsable solidaria e ilimitadamente por los pagos debidos por los

cesionarios -nuevos adquirentes-. En caso que el cedente realice algún pago, será copropietario de las acciones cedidas en proporción a lo pagado[228].

B) Limitaciones a la libre transferibilidad.

Las restricciones pueden ser legales, convencionales o estatutarias. Las primeras son aquellas impuestas por la ley en razón a decisiones legislativas de transmisibilidad, tales como las dispuestas en el último párrafo del art. 50 LSC.

Las segundas, son aquellas dispuestas mediante pactos para-societarios -acuerdos privados entre socios que son inoponibles a la sociedad y respecto de terceros [229]-, pudiendo disponer en ellas variadas limitaciones a la transmisibilidad, tales como límites para transmitir por un período determinado de tiempo, disponer la preferencia entre los accionistas que participan en tal pacto, entre otras.

Por último, las estatutarias, a las que se refiere el art. 214 L.S.C., son las impuestas por el estatuto social, las que podrán disponer toda clase de limitación siempre que no conlleve directa o indirectamente [230] una prohibición a la transferencia de acciones. Pueden ser dispuestas en el acto constitutivo, o posteriormente mediante una modificación estatutaria. Por ello, jamás podría la asamblea ordinaria o extraordinaria disponer cláusulas restrictivas a la transmisibilidad al decidir un aumento de capital. Es sólo mediante la reforma del estatuto, en tal caso, por medio de la cual se podrán incorporar las limitaciones referidas[231].

En cuanto al contenido, alcance y extensión de las cláusulas limitativas de la transmisibilidad, pueden ser convenidas libremente por los accionistas tanto al momento de constituir al sociedad, como por medio de asamblea extraordinaria si son incluidas con posterioridad (art. 235 LSC).

Sintéticamente, las cláusulas limitativas más comunes dispuestas en los estatutos son:

a) Cláusulas de consentimiento: son aquellas en virtud de la cual la transferencia accionaria que se pretenda llevar a cabo, quedará subordinada a la aprobación de la asamblea o directorio, según lo disponga el estatuto. Tanto la conformidad como la negativa por parte del órgano que deba dar la autorización, no deberá basarse en motivos personales o subjetivos, sino en motivos de interés societario. En caso de considerar que la negativa afecta el derecho del accionista que pretende transferir, puede solicitar la revisión por parte de la sociedad e inclusive someter la cuestión a la decisión de la justicia[232].

En estos casos no podrá disponerse como cláusula la necesidad de requerir la unanimidad del órgano, ya que ello implicaría la dificultad práctica para obtener el consentimiento, importando la prohibición indirecta de la cesión[233]. Así tampoco podrá disponerse que la decisión quede librada a la discrecionalidad de un tercero ajeno a la sociedad, ya que en estos casos se violaría la autonomía y libertad de la sociedad, cuyas reglas tienden a garantizar la integridad del patrimonio social.

b) Cláusulas de preferencia: son aquellas por medio de las cuales, el accionista que quiere transferir las acciones debe primero ofrecerlas a los accionistas de la sociedad, a determinados integrantes, a la sociedad [234], o fijando un orden de prelación [235].

c) Cláusulas que imponen determinadas condiciones en los adquirentes: son aquellas que exigen que los terceros que pretendan adquirir las acciones gocen de determinadas condiciones, ya sea una determinada profesión, determinado patrimonio, que conozca idiomas, entre otras. Jamás se podrán disponer condiciones discriminatorias, tales como una raza determinada, un determinado sexo o nacionalidad.

IX.C. Fin de la existencia de la sociedad anónima.

La sociedad anónima, como persona jurídica, tiene un momento en que se constituye o nace, y un momento en que su vida llega al fin de la existencia, extinguiéndose.

La extinción de la sociedad comercial no se produce con un solo acto, sino que debe atravesar por una serie de etapas o momentos que tienen por fin la desaparición del patrimonio, cancelando el pasivo y repartiendo el remanente, si lo hubiere, entre los socios[236].

IX.C.1. Disolución

Si bien su naturaleza jurídica ha sido ampliamente debatida[237], considero que la disolución es un momento de la vida de la sociedad conformada por un conjunto de hechos y actos que son condición necesaria para la apertura de la siguiente etapa, sea ésta la reestructuración o de liquidación[238].

Por ello, en mi opinión, la etapa de disolución se integra por: a) el acontecimiento de un hecho disolutorio previsto en la ley o el estatuto -causal de disolución art. 94 L.S.C.-; y b) y la reunión de socios en asamblea extraordinaria para constatar la ocurrencia del hecho disolutorio y decidir la reorganización o la liquidación del ente[239].

La causal de disolución, es el hecho que da nacimiento a la etapa final de la existencia del ente societario, encontrándose detalladas en el art. 94 L.S.C. Una vez producida, debe convocarse a asamblea extraordinaria a efectos de la constatación de la causal[240], pudiendo decidirse en tal reunión la efectiva disolución, liquidación y extinción del ente societario, o decidir la reorganización de la fuente productiva.

Si bien en doctrina se clasifica a las causales de disolución en aquellas que producen efectos automáticos o aquellas que no lo producen, considero necesario que siempre, en todos los casos, se convoque a la asamblea para que decida el rumbo de la empresa. Aún más, considerando la importancia que tienen las sociedades comerciales en la economía del país[241], la necesidad de convocar reunión de socios obliga a los mismos a replantearse, al menos, la posibilidad de continuar con la sociedad, ya sea mediante la reconducción en caso de vencimiento del plazo para el cual fue constituida, ya sea mediante la reintegración del capital en el caso de pérdida del mismo, entre otros. Si por cualquier circunstancia el directorio no convocara la asamblea, podrá hacerlo el síndico en caso que lo hubiere -art.

294 inc. 7 LSC-, o los accionistas podrán recurrir a la justicia en caso de que no se accediera a su pedido de efectuar la convocatoria.

Decididos los accionistas en asamblea por la disolución, y posterior liquidación, debe procederse a la inscripción de la primera. El art. 98 de la LSC, preceptúa que “la disolución de la sociedad no surte efectos respecto de terceros hasta tanto se inscriba, previa publicación en su caso”. La norma mencionada es prudente, toda vez que la disolución tiene efectos internos en la vinculación socios-sociedad, por lo que difícilmente pueda llegar a conocimiento de terceros.

En el caso de las sociedades anónimas, no sólo deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio, sino que previamente debe efectuarse una publicación por un día en el diario de las publicaciones legales de la jurisdicción del domicilio social (art. 10 y 14 LSC).

Una vez producida, constatada y confirmada la disolución de la sociedad por la asamblea de los socios, se producen ciertas consecuencias necesarias:

a) se suspende o “congela” el objeto para el cual fue constituida, pudiendo realizar solamente todas las actividades necesarias para la liquidación[242]; el objeto de lucro que la sociedad tenía deja de ser operativo. A partir de ese momento, la sociedad y los accionistas sólo podrán llevar a cabo todas las tareas necesarias para liquidar el activo societario[243].

b) la personalidad de la sociedad no se extingue, sino que la misma subsiste por todo el período liquidatorio y sólo para tal fin[244]. Al tratarse de una persona jurídica que genera negocios y contacto constante con terceros, la disolución no extingue la personalidad sino que se inicia con ella el proceso de desintegración económica de la misma, condicionando así la vida activa de la sociedad, pasando luego al período de liquidación[245].

Tal como manifesté, la disolución sólo modifica las relaciones internas de la sociedad, no generando ningún cambio de las relaciones terceros-sociedad. Por ello, es que durante todas las etapas hasta la extinción de la empresa, la sociedad conserva su personalidad. La empresa subsiste en iguales condiciones, debiendo atender las obligaciones como si nada hubiera ocurrido[246]. La extinción total del ente se producirá una vez finalizado el procedimiento liquidatorio y cancelada la inscripción registral.

c) se alteran las atribuciones y el normal funcionamiento de los órganos societarios. Desde el momento en que se disuelve el ente societario, es lógico que si se suspende el objeto, se produce una mutación en las facultades y deberes de los órganos societarios, sobre todo en las del el órgano de administración.

En tal sentido, el art. 99 LSC, dispone que los administradores de la sociedad sólo podrán atender asuntos urgentes y adoptar todas las medidas necesarias para iniciar la liquidación. Como afirma Gómez Leo, Fernández y Balbín, “Tales limitaciones impuestas por la Ley de Sociedades no importa una excepción al régimen de organicidad (...) sino un recorte en las competencias de los órganos sociales que ahora sólo podrán realizar tareas tendientes a aquella -la liquidación- “[247].

Sin perjuicio de ello, las limitaciones no implican que los administradores de la sociedad no puedan llevar adelante ninguna actividad relacionada con el objeto social, sino que pueden continuar los negocios celebrados por la sociedad, pero jamás concretar nuevos, ni incrementar los existentes[248]. Cualquier operación nueva que pretendan emprender, los hará responsables solidaria e ilimitadamente ante los socios y los acreedores.

Una vez asentados los principios de la disolución, no debe dejar de mencionarse que, en concordancia con el principio de conservación de la empresa -art. 100 de la LSC-, la sociedad conserva su capacidad para subsanar las causales de disolución y recuperar de esta manera la plenitud jurídica[249], siempre que no se perjudiquen derechos de terceros[250]. Por ende, la disolución es revocable, pudiendo por ello ser retractada.

IX.C.1.a) Pérdida del capital social

Si bien existen diversas causas que producen la disolución societaria, sean éstas dispuestas por la ley o el estatuto, lo cierto es que en el presente trabajo me referiré sólo a la pérdida de capital social. He analizado a lo largo de toda la presentación las cuestiones especialmente relacionadas con el capital, por lo que me centraré en la causal de disolución que se relaciona con el mismo.

La disolución producida por pérdida del capital, ha sido fuertemente cuestionada por la doctrina, sobre todo se ha planteado qué se debe entender con tal concepto[251]. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que debe tratarse de una pérdida total del capital social [252], sin embargo otros afirman que sea total o parcial, la sociedad debe ser disuelta si con el referido capital mínimo no se puede cumplir con el objeto social y hacer frente a los pasivos corrientes de la empresa [253].

Esta causal, como ninguna otra, no produce sus efectos ipso iure. Es necesario que los accionistas reunidos en asamblea -art. 235 L.S.C.- analicen si del balance [254] confeccionado surge realmente la existencia de la insuficiencia patrimonial. Inclusive, y aún constatada la existencia de la misma, los accionistas podrán decidir por la “no disolución”, adoptando las alternativas que la ley de sociedades otorga para el reestructuramiento del ente -art.96-. En tal sentido, los accionistas en asamblea podrán optar por la reducción del capital hasta el límite necesario para restablecer el equilibrio entre el capital social y el patrimonio social, optar por la reintegración total o parcial del capital perdido, o asimismo pedir el concurso o su quiebra. Aún más, si se optó por la disolución, la misma puede ser retractada hasta tanto no se haya llevado a cabo su inscripción[255].

En el año 2002, producto de la devaluación dispuesta por el gobierno de la República Argentina, Decreto 1269/2002 (B.O. 17/7/2002) se suspendió la aplicación del inc. 5 del art. 94 L.S.C. hasta el 10/12/2003, como medida destinada a evitar que las sociedades masivamente se vieran incursas en esta causal; perjuicio que recaería sobre la comunidad en general. Posteriormente, mediante decretos 1293/2003 y 540/2005, se prorrogaron las medidas de suspensión.

Si bien al día de hoy -agosto de 2013- las medidas dispuestas se dejaron de lado, dándole vigencia una vez más a la causal de pérdida de capital, cabe replantearse lo siguiente, ¿tan exigente y riguroso es el legislador en la integración del capital social al constituir la

sociedad, y tan laxo fue al momento de disponer la suspensión de una causal de tal envergadura? Criterios contradictorios si lo son.

IX.C.2. Liquidación

La liquidación es “un proceso o un estado perdurable en el tiempo, durante el cual se mantiene parcialmente la aptitud del sujeto jurídico únicamente para finalizar los negocios pendientes”[256]. Es la etapa por medio de la cual se conduce a la extinción total de la sociedad, una vez atendidos los pasivos y distribuido el remanente entre los accionistas, si los hubiera.

La ley de sociedades comerciales dispone una serie de consecuencias derivadas de la etapa liquidatoria, entre ellas:

a) supervivencia de la personalidad del ente societario. Conforme lo dispone el mismo art. 101 de la LSC, la sociedad en liquidación “conserva su personalidad a ese efecto (...)”

Ni la disolución, ni la liquidación extinguen la personalidad de la sociedad, la que subsiste como sujeto de derecho hasta la cancelación de la inscripción en el Registro Público de Comercio conforme lo dispone el art. 112 de la L.S.C.

b) se congela el objeto social para el cual fue constituido, pudiendo sólo llevar a cabo aquellos actos que tiendan a finalizar los negocios pendientes. Es decir, no podría el sujeto a cargo de la liquidación concretar nuevos contratos o negocios, salvo que favorezcan la liquidación[257]. En este sentido, las funciones del liquidador quedarán limitadas a todas aquellas que tiendan a realizar el pasivo y cancelar el pasivo de la sociedad; como asimismo a las tareas para distribuir el remanente a los socios.

d) los órganos sociales mutan en sus funciones y actividades. Ya no estarán dirigidas a la consecución del objeto de lucro, sino que por el contrario se destinarán a extinguir la sociedad.

Generalmente, el órgano de administración se transformará en liquidador, aunque puede ocurrir que esto no fuere así, designando en tal caso un liquidador por mayoría de votos (art. 102 L.S.C.).

El órgano de gobierno y de fiscalización no se desvanecen, manteniendo su operatividad durante todo el proceso liquidatorio. Aún más, será el primero quien podrá controlar la actividad completa del liquidador, objetarla, revocar el nombramiento del mismo, entre otras. Es en definitiva el órgano por medio del cual podrán expresarse los accionistas de la sociedad que se está extinguiendo.

e) se produce la modificación del nombre de la sociedad, toda vez que al mismo deberá agregarse el aditivo de “en liquidación”. Esta exigencia se pensó en beneficio de terceros, a efectos de alertarlos de la situación del ente.

Una vez asentadas las consecuencias principales de la liquidación, realizaré una breve reseña del proceso que debe observarse para ponerle fin a la sociedad. Teniendo presente que el órgano de administración se encargará de la liquidación de la sociedad, o que el

mismo ya fue previamente elegido por mayoría de votos (art. 102 LSC), los pasos siguientes serán: a) inventario y balance: una vez que el liquidador toma contacto con toda la documentación de la sociedad, tiene la obligación de confeccionar un inventario y balance del patrimonio social dentro de los treinta días de asumido su cargo, lo cual permite conocer cuales son los bienes con los que cuenta la sociedad para hacer frente a las deudas y en su caso repartir entre los socios ; b) realización del activo: el liquidador podrá efectuar todos los actos tendientes a transformar el activo integrado por bienes de naturaleza diversa, para transformarlo en dinero en efectivo; c) cancelación del pasivo: deberá ponerle fin a todos los contratos y negocios pendientes que tenga la sociedad con terceros, y asimismo cancelar todas las deudas; d) partición parcial: es optativo realizar una partición parcial antes de realizar la final; e) partición definitiva y distribución: es la última etapa del proceso liquidatorio, en la que el liquidador confeccionará el balance final y el proyecto de distribución. El mismo será comunicado a los socios quienes podrán impugnarlo judicialmente en un plazo de quince días. Una vez resultas las impugnaciones o no mediando impugnaciones en tal plazo, se procederá a la ejecución del plan de distribución.

Por último, antes de ponerle fin al tópico de la liquidación, cabe preguntarse, ¿qué sucede si el activo no alcanza para afrontar el pasivo? Siendo la sociedad anónima, una sociedad que cuenta con el beneficio de la limitación de la responsabilidad, los accionistas sólo responderán hasta el importe suscrito, integrado o no -art. 163 LSC- [258].

Así también, ¿qué sucede si una vez llegada la etapa de liquidación los accionistas se arrepienten y quieren reactivar la sociedad? En el mismo sentido que para la disolución, la liquidación puede ser retractada por acuerdo de los accionistas. Conforme con el principio de conservación de la empresa, y teniendo presente la importancia que las empresas tienen en la economía del país sobre todo como fuente de trabajo y fuente productiva, los accionistas en asamblea extraordinaria podrían reactivarla[259]. Otra alternativa consistirá en que, una vez llegada la etapa de repartición entre ellos, los mismos decidan afectar el patrimonio distribuible a la constitución de una nueva sociedad[260].

IX.C.3. Cancelación de la inscripción.

Una vez finalizado el proceso dispuesto precedentemente, conforme art. 112 L.S.C., se procederá a la cancelación de la inscripción del contrato social en el Registro Público de Comercio.

La ley de sociedades comerciales no menciona quién será el encargado de solicitar la referida cancelación, pero consideramos que es el liquidador la persona sobre la que recae tal tarea. Es él quien tiene a su cargo realizar todos los actos tendientes a la extinción de la sociedad[261].

La importancia de este instituto jurídico, radica en que una vez solicitada y realmente cancelada la inscripción, en principio, la sociedad queda extinguida. Hasta tanto no sea cancelada la anotación registral en el Registro Público de Comercio, subsistirá la personalidad nacida del acuerdo de voluntades[262].

Digo, “en principio”, ya que existen limitados supuestos en los que se podrá solicitar la reactivación del proceso de liquidación. En este sentido, Macagno sostiene que “(...) la desaparición definitiva de la persona social, no debe reputarse lograda con la sola

constancia de la solicitud de cancelación ante el Registro, por el contrario, solo se produce cuando dicha cancelación responda a la situación real de que la sociedad haya sido formal y sustancialmente liquidada en forma y no haya acreedores impagos (...) los efectos de la cancelación son meramente declarativos, lo que implica la presunción de la extinción del ente, en tanto, y en sustancia no exista un activo remanente por realizarse o un pasivo social pendiente de cancelar (...) ante tal circunstancia fáctica debería admitirse la posibilidad de reabrir el proceso de liquidación, siempre que exista un interés legítimo, esto es, cuando la liquidación presenta deficiencias o fue formal o sustancialmente irregular ” [263].

Es decir, ¿qué sucede si una vez cancelada la inscripción de la sociedad se presentaran acreedores de la sociedad extinguida -con deudas nacidas lógicamente con anterioridad a su cese-?

Sintetizando la opinión del doctrinario citado, la cual compartimos en todos sus términos, cabe afirmar que la reapertura del proceso liquidatorio con reactivación del ente societario[264], sólo se dará en aquellos casos en que los acreedores demuestren tener un “interés legítimo”, entendido éste como la existencia de una liquidación formal y/o sustancialmente defectuosa o irregular. Es decir, a fin de resguardar la seguridad jurídica de la persona social, una vez realizado el activo y liquidado el pasivo, es improcedente la reapertura del proceso liquidatorio.

En caso de demostrar interés legítimo, los acreedores podrán entablar la acción de nulidad del balance final y proyecto de distribución, sin perjuicio de poder demandar asimismo la responsabilidad de el/los liquidadores y los socios que actuaron de mala fe.

En cambio, en caso contrario, de tratarse de un acreedor negligente que no reclamó el pago de sus acreencias oportunamente, sólo le quedará la acción contra los socios y liquidadores que hubieren conocido o hubieren podido conocer el pasivo pendiente. Esto, sin perjuicio de considerar que siendo que en la sociedad anónima los accionistas cuentan con el beneficio de la limitación de la responsabilidad, éstos sólo responderán hasta el importe suscrito, integrado o no -art. 163 LSC- [265].

Parte II - Limitación del Riesgo Empresario [\[arriba\]](#)

Capítulo I - Limitación de responsabilidad a los aportes efectuados: Fideicomiso y Sociedad Anónima [\[arriba\]](#)

Quizás uno de los temas más atractivos del presente trabajo, es la limitación del riesgo empresario, es decir, la limitación de responsabilidad de los inversores a los aportes realizados. Si bien es cierto que en todo negocio existen riesgos, en algunos, pueden ser minimizados utilizando la herramienta jurídica adecuada.

La legislación en el Siglo XXI ha transitado un proceso de evolución, permitiendo cada vez más la creación de figuras jurídicas que permitan la creación de patrimonios productivos que se encuentran separados del propio de cada constituyente, cuidando de esta manera su patrimonio personal.

Tanto en el fideicomiso -en el que los fiduciantes limitan su responsabilidad patrimonial al aporte efectuado-, como en la sociedad anónima -en las que los accionistas limitan su responsabilidad al valor de los aportes comprometidos- se protege a los sujetos de los riesgos empresarios que las actividades comerciales podrían conllevar.

En relación al fideicomiso, la característica propia y más importante de la figura es la creación de un patrimonio separado. Como bien referí a lo largo del presente, la transferencia de los bienes del fiduciante al fiduciario crea y hace nacer un patrimonio distinto del patrimonio propio que aquellos sujetos. Es un patrimonio separado, aislado del resto de los bienes de propiedad personal del fiduciante y del fiduciario.

Es por esta cualidad que, pensado desde la perspectiva de los inversionistas, esta figura jurídica no permite que el negocio fiduciario repercuta sobre el patrimonio propio de los sujetos. Así como tampoco los avatares económicos que pudiera sufrir el patrimonio personal de los inversionistas, repercutirán sobre el fideicomiso.

En tal sentido, el art. 14 L.F. expresa que “Los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (...)”; asimismo, el art. 15 L.F. dispone que “los bienes fideicomitidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario. Tampoco podrán agredir los bienes fideicomitidos los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude. Los acreedores del fiduciario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos”[266]. En pocas palabras, el conjunto de bienes que forma el patrimonio fiduciario está fuera del alcance de los acreedores personales de los fiduciantes, fiduciarios y beneficiarios [267].

En sentido inverso, el art. 16 L.F. dispone que las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, sólo serán satisfechas con los bienes fideicomitidos. Es decir, ni fiduciantes, ni fiduciarios deberán solventar el negocio fiduciario con sus bienes personales. Una vez efectivizados los bienes por los inversionistas, éstos quedarán liberados de las contingencias que pudiera sufrir el proyecto. Por ende, limitan su responsabilidad exclusivamente al aporte efectuado.

Por lo expuesto, una mayores ventajas de la figura del fideicomiso que la hace atractiva al momento de pensar un negocio es la creación de un patrimonio separado, el que se encuentra completamente fuera de la órbita del patrimonio personal del fiduciante, fiduciario, beneficiarios y fideicomisarios[268].

Por su lado, la ley de sociedades comerciales omitió dar un concepto de las sociedades anónimas, optando en su lugar por caracterizarlas en el art. 163 disponiendo que “El capital se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas”. De ello que se infiere que, los accionistas al constituir la sociedad limitan su responsabilidad al aporte efectuado por las deudas que pudieren surgir del funcionamiento social. Todas las obligaciones sociales de las que fuere titular la sociedad, deberán ser afrontadas por ésta y no por los socios. El ente societario es el único responsable de cumplir las obligaciones a su cargo.

La limitación de la responsabilidad tiene por fin excluir el patrimonio personal de los accionistas de la prenda común de los acreedores sociales, beneficio conferido por la ley

como contrapartida de haber realizado ciertos aportes para la formación de un capital social adecuado al giro comercial de la empresa[269], y haber constituido una sociedad regular[270]. En tal sentido, si bien los aportes se suscriben íntegramente al momento de la constitución de la sociedad, la “irresponsabilidad” patrimonial de los socios correrá su suerte sólo desde la inscripción de la misma en el Registro Público de Comercio.

Por ende, la sociedad será ilimitadamente responsable por las deudas que contraiga desde su nacimiento, no teniendo más límites que los bienes que componen su activo, y las reservas[271]. El beneficio de la limitación de responsabilidad no es de la sociedad, sino sus accionistas; el socio es quien se libera de responder por las deudas sociales.

Como afirma Verón, “no existe una responsabilidad externa del socio”[272], en el sentido que debe descartarse en el régimen de la sociedad anónima primero deba responder la sociedad y en subsidio los socios -lo que si ocurre en las sociedades personalistas-.

En la S.A., ésta es la única responsable de las obligaciones contraídas, no extendiendo responsabilidad alguna a los socios, salvo en los casos dispuestos por el art. 54 in fine[273].

ANÁLISIS COMPARATIVO

Conclusión [\[arriba\]](#)

Una vez conceptualizados los ejes básicos del régimen patrimonial del fideicomiso y la sociedad anónima, se puede observar, al menos en un primer momento, la diferencia de estructuración de ambos sistemas.

Podríamos hacer una diferenciación extensa entre sociedad anónima y fideicomiso, tanto desde la perspectiva del patrimonio como desde la organicista, comenzando sobre todo por resaltar que la primera es una persona jurídica y la segunda un mero contrato. Pero no es el objetivo principal del trabajo. Lo que pretendemos manifestar es una síntesis de conceptos básicos que, llegado al fin, nos permitan comprender cuándo se aplica una figura jurídica y cuándo la otra, y por qué se eligen las dos.

¿Por qué estas herramientas son las más utilizadas? Primeramente porque ambas permiten canalizar un negocio limitando la responsabilidad patrimonial de los inversores al aporte realizado. Sabemos que todo aquel que es inversor busca satisfacer sus necesidades de lucro al menor costo y a menor responsabilidad, lo que indefectiblemente se logra mediante la utilización de éstas herramientas jurídicas.

Por un lado, la sociedad anónima goza de una estructura jurídica compleja, en la que todas las relaciones tanto internas como externas y de contralor se encuentran legisladas. El legislador, mediante la ley 19.550 se encargó de regular en más de ciento cincuenta artículos la estructura de la sociedad anónima, en lo que se vislumbra efectivamente lo manifestado.

En cambio, el fideicomiso es una figura jurídica simple y flexible, en la que las partes gozan de una vasta libertad a la hora de decidir por qué “leyes” se regirán. Asimismo es específica porque su estructura, y sobre todo por el corto plazo, permite que sólo proyectos claros y concisos se incorporen a esta figura.

Y no nos referimos a la complejidad de un sistema y la simplicidad del otro como términos sinónimos de lo difícil y lo fácil, lo lento y lo rápido de ejecutar. Sino que la complejidad o no a la que hacemos referencia va a estar de la mano de las actividades comerciales que se pretendan desarrollar, lo que nos ayudará a elegir la figura jurídica a adoptar.

Entonces, a la hora de encarar un negocio, lo que nos preguntaremos es, ¿cuál es la intención de los socios al constituir el negocio?, ¿cuál es la razón por la que los socios pretenden utilizar los “medios” sociedad anónima o fideicomiso? Y aquí es donde creemos que surge la respuesta esencial a todo el trabajo. La naturaleza y la complejidad del negocio subyacente que las partes pretenden llevar adelante será, en principio, lo que determine la figura jurídica a adoptar, sea ésta fideicomiso, sea ésta sociedad anónima.

Es decir, si se pretende concretar un proyecto al menos en cierto grado ambicioso, consistente en una actividad comercial prolongada en el tiempo, con multiplicidad de relaciones entre los actores, con posibilidad de desarrollo y evolución extendida, en la que los agentes que invierten pretenden tener reglas claras para entrar y salir, para aumentar el fondo e invertir, en el que la estructura interna se encuentre compuesta por diversos órganos logrando así los inversionistas tener injerencia en el negocio, considero que debe ser utilizada la sociedad anónima. En cambio, si se pretende desarrollar un proyecto específico, el que tenga un principio y un fin cercano, en el que las partes sean inversoras pero no comprometan su actividad personal a la toma de decisiones complejas de inversión, en el que puedan libremente establecer las pautas y no someterse a normas rígidas, en el que exista un plazo o una condición para su fin, la figura jurídica claramente es el fideicomiso. Sin perjuicio de ello, pueden presentarse situaciones particulares en las que los

mencionados parámetros se desvanecen. Por ello, cada negocio a emprender debe ser asesorado y analizado individualmente.

Las particularidades destacadas tanto del fideicomiso como de la sociedad anónima permiten aislar los bienes personales de los inversionistas de las contingencias que pueda sufrir el negocio. Dependerá de las características de la actividad que las partes quieran emprender, o del proyecto que las partes quieran desarrollar, la decisión de la adopción de una u otra figura: fideicomiso o sociedad anónima.

[1] El trabajo tiene como base la Tesis Final de Derecho Aplicado de la Maestría en Derecho Empresario de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de la autora.

[2] LÓPEZ DE ZAVALÍA opina que lo definido por el artículo 1 de la Ley 24.441 no es el contrato de fideicomiso, sino “la operación jurídica de constitución de fideicomiso ex contractu (...) se refiere al fideicomiso ya constituido, cuando ha quedado cumplido el modo en que el sistema de nuestro Derecho requiera para la transmisión de los bienes de que se trate.” LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición.”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p.17.

[3] No debemos dejar de tener en cuenta que, de los sujetos mencionados, en principio sólo dos son parte en el contrato: el fiduciante y el fiduciario. Los demás serán parte sólo desde la aceptación de la calidad de beneficiarios y fideicomisarios.

[4] CARREGAL, Mario A.; “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 69.

[5] CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 69.

[6] GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., “Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, 2004, p. 55

[7] GARRIGUES-DÍAZ CAÑABATE, Joaquín, “Negocios fiduciarios en el derecho mercantil”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p.49, citado en: AICEGA, María Valentina, “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones” en “Estudios de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 155.

[8] Hablamos de transmisión de propiedad “plena” para poder dejar claridad de que el fiduciante no se queda con ningún derecho sobre los bienes que transmite. En este sentido, LOPEZ DE ZAVALÍA afirma que “El fiduciante se desprende totalmente de la titularidad, y no le queda nada similar a una nuda propiedad, por lo que es el dominio pleno el que se transmite”. LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición.”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p.77.

[9] En efecto, el art. 12, LF, dispone “el carácter fiduciario del dominio tendrá efectos frente a terceros desde el momento en que se cumplan las formalidades exigibles de acuerdo a la naturaleza de los bienes respectivos”.

[10] CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 73.

[11] CARREGAL, Mario A.; “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 64, p. 72.

[12] “Es una transferencia fiduciaria, es decir que está enmarcada por la confianza que el fiduciario le inspire al fiduciante para administrar y, en su caso, disponer los bienes

comprendidos en el contrato de fideicomiso (...)" ETCHEGARAY, Pedro Natalio "Fideicomiso. Técnica y práctica documental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 30.

[13] AICEGA, María Valentina, "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones" en "Estudios de Derecho Comercial Moderno", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p.

[14] Consideramos que el dominio fiduciario es un tipo de dominio imperfecto, junto con el dominio revocable y el que constituye la nuda propiedad, definido y normado por el art. 2662 del Código Civil; no opinamos que sea un nuevo derecho real, sino una clase de derecho real de dominio. En el mismo sentido CARREGAL Mario A.; ob. cit., III, p. 84 y sgs; y KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio M. "Tratado de Fideicomiso" 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.167 y sgs. En opinión contraria, LAFAILLE sostiene que el dominio sujeto a un plazo resolutorio no es un verdadero dominio mas allá de que así lo haya expresado el Codificador. LAFAILLE, H. "Tratado de los derechos reales, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1943-1945 citado en CARREGAL Mario A.; ob. cit., III, p. 85.

[15] Respecto de los vocablos propiedad y dominio, gran parte de la doctrina considera a los mismos como sinónimos, mientras otros opinan que existen grandes diferencias. Lafaille en este sentido opina que aún siendo frecuente el empleo indistinto de ambos vocablos, existen diferencias, siendo el dominio aplicable a las cosas que están en el comercio y propiedad a todos aquellos derechos que no se confunden con la persona, tal como la propia Corte Suprema lo ha interpretado del art. 17 de la Constitución Nacional. LAFAILLE, "Tratado de los derechos reales", I, Buenos Aires, Ediar, 1943, p.356, citado en CARREGAL, Mario A. "Fideicomiso" p. 78. Salvat, Andorno, Garrido opinan lo contrario, sosteniendo que el legislador empleó la palabra dominio en el sentido de propiedad, debiendo ser más apropiado hablar de propiedad en virtud de que las normas que regulan tal instituto hacen nacer la teoría general del derecho de propiedad aplicable en principio a todas las propiedades. Carregal en el mismo sentido, manifiesta que el legislador utilizó el término dominio con el alcance de propiedad. Considera que el derecho de propiedad se extiende a todos los derechos patrimoniales de que una persona puede ser titular y que el dominio es una variante de ese derecho de propiedad ya que recae sólo sobre las cosas.

[16] CARREGAL, Mario A.; "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 77

[17] Texto según la modificación introducida por la ley 24.441

[18] En este sentido KIPER y LISOPRAWSKI opinan que se trata de un dominio interino, al estar desprovisto del carácter de perpetuidad por existir un plazo o condición resolutorio. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio M. "Tratado de Fideicomiso" 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p 32.

[19] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio M., Ob. Cit., p.56.

[20] CARREGAL Mario A.; "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p.91 "...el fiduciario es en verdad sólo el soporte jurídico de la propiedad fiduciaria, pues su contenido económico no le pertenece."

[21] El mencionado artículo dispone: "los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante".

[22] LASCALA, Jorge Hugo. "Práctica del Fideicomiso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 109.

[23] CARREGAL Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 219 y sgs.

[24] Si bien considero de buena práctica legislativa fijar esta excepción, si ella no estuviera expresamente prevista en la ley 24.441, igualmente se podría invocar por los acreedores por aplicación de los principios generales del derecho. Puede ser iniciada de manera singular, situación prevista por el artículo 962 y sgs del Código Civil; o de manera colectiva, en cuyo caso se aplicarán las normas previstas en la ley de quiebras 24.522, artículo 117 y ccs.

- KIPER, Claudio M. y LISOPRAWWSKI, Silvio M. "Tratado de Fideicomiso" 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.163; CARREGAL Mario A.; ob. cit., III, p. 127; LASCALA, Jorge Hugo. "Práctica del Fideicomiso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 111.
- [25] LASCALA, Jorge Hugo, "Práctica del Fideicomiso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 111.
- [26] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 91.
- [27] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 218.
- [28] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 376.
- [29] "El fideicomiso no posee personalidad jurídica. Es sólo un contrato que sirve como medio para cumplir con determinadas finalidades. Sí posee personalidad fiscal expresamente otorgada originariamente en el ámbito nacional por el dec. 780/1995 -tanto frente al impuesto a las ganancias como en el impuesto a los bienes personales-, y luego por la ley 25063." GOMEZ LEO, Osvaldo R., GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Ed. Depalma, 2004, p. 55
- [30] ORELLE, José M., "El fideicomiso en la ley 24.441", LL, t. 1995-B, p.885 y ss.
- [31] CARREGAL, en tal sentido afirma que tales normas "inducen a pensar que la forma escrita es esencial al establecer que el contrato deberá contener ciertos requisitos enumerados en los artículos mencionados. Es difícil imaginar que pueda cumplirse con este requerimiento si prescindimos de la forma escrita, pues caeríamos en una difusa inmaterialidad incompatible con la seguridad jurídica mínima que exigen negocios jurídicos capaces de producir los efectos que deriven del fideicomiso". CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p.145.
- [32] GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Ed. Depalma, 2004, p. 14.
- [33] En tal sentido, KIPER y LISOPRAWWSKI opinan que "Otra falencia que va en detrimento del aprovechamiento del fideicomiso sobre bienes no registrables, es la ausencia de toda publicidad impuesta por la ley, para dotar de mayor seguridad al instituto, especialmente respecto de terceros ajenos al contrato. Pudo haberse dispuesto la inscripción en el Registro Público de Comercio del domicilio del constituyente o alguna publicidad por medio de edictos." KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso", 2ºed., Ed. Lexis Nexis Depalma, 2004, p. 193. GAMES Y ESPARZA señalan que "Quizás el aspecto o uno de los aspectos más criticables de la Ley de Fideicomisos es la ausencia de una adecuada publicidad en su constitución". GAMES, Luis M. ESPARZA, Gustavo A. "Fideicomiso y Concursos" Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 7; LISOPRAWWSKI, Silvio V., en "Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones" resalta una vez más que la ausencia de una publicidad que proteja los derechos de aquellos que no han sido parte del contrato es una de las "carencias más serias de la figura del fideicomiso". LISOPRAWWSKI, Silvio. "Práctica del Fideicomiso. Problemas y Soluciones". Ed. Abeledo Perrot, 2010, p. 1; GÓMEZ LEO, Osvaldo R. afirma que "... en orden a los efectos que el fideicomiso ejerce sobre los derechos de terceros, en especial, por la constitución de un patrimonio separado (art. 14, LF) y las limitaciones que en virtud del contrato y de los fines del fideicomiso pueden existir en las facultades de disposición y gravamen de los bienes fideicomitados por parte del fiduciario (art. 17, LF) estimamos que a los efectos de suficiente publicidad del contrato se deba transcribir íntegramente el mismo. Empero, la ley no lo exige" GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Ed. Depalma, 2004, p. 27.
- [34] KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., Tratado de Fideicomiso", 2ºed., Ed. Lexis

Nexis Depalma, 2004, p. 193/194; GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Ed. Depalma, 2004, p. 14.

[35] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición", Ed. ZAVALIA, 1996, Buenos Aires, p. 77 y sgtes.

[36] Arts. 1.184, inc 1º, y sgtes. del Código Civil. De ello se colige que si no se observa la forma de la escritura pública en caso de transmisión de bienes inmuebles, la transferencia será válida entre las partes, pero no se formará propiedad fiduciaria hasta tanto no se cumplan con las formalidades requeridas. Caso distinto es aquel en el que la transferencia fiduciaria se hace como medio para luego disponer en forma gratuita de un inmueble - donación-; en este supuesto se considera que el requisito de escritura pública es requerida ad solemnitatem. CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios"; Ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, p. 144, 145.

[37] GOMEZ LEO, Osvaldo R., FERNANDEZ, Raymundo L., "Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial", Ed. Depalma, 2004, p. p. 38.

[38] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición", Ed. ZAVALIA, 1996, Buenos Aires, p. 80

[39] URBANO SALERNO, Marcelo, "Ensayo sobre el fideicomiso Argentino" en "El fideicomiso de garantía", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 248

[40] AMEAL, Oscar J. (dir.), TANZI, Silvia Y. (coord.), "Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI", Ed. Abeledo Perrot, 2001, en GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. "Obligaciones del fiduciario". Asimismo, la norma del Registro de la Propiedad Inmueble, Disposición técnico-registral 4/1995, dispone en su artículo 2: "Los asientos se confeccionarán consignando en el rubro (titularidad) al inicio (DOMINIO FIDUCIARIO), (Ley 24.441). A continuación los datos de identidad del titular fiduciario y aquellos que son de práctica respecto del negocio jurídico. Seguidamente se consignará el plazo o condición a las cuales se sujeta el dominio, pero en este último caso expresando solamente "Sujeto a condición". Finalmente se hará constar, si existiere y así se solicitare, la limitación de la facultad de disponer o gravar a que se refiere el artículo 17 in fine de la ley 24.441.

[41] Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 780/1995, en su art. 1 dispone que "En todas las anotaciones registrales o balances relativos a bienes fideicomitidos, deberá constar la condición de propiedad fiduciaria con la indicación "en fideicomiso"

[42] CLUSELLAS, Eduardo G., ORMAECHEA, Carolina, Ob. Cit. p. 67 y ss.

[43] Como ya referimos, mientras no se observen las formalidades de la transferencia de bienes, no se formará patrimonio separado. Sólo valdrá el contrato para reclamarse entre partes la integración de los bienes que se comprometieron a aportar. Esto así, salvo el caso en que el fideicomiso se utilice como medio para otorgar al beneficiario una liberalidad que, como donación, las formas requeridas tendrán el carácter ad solemnitatem. CARREGAL, Mario A., Ob. Cit., p. 144, 145.

[44] URBANO SALERNO, Marcelo, "Ensayo sobre el fideicomiso Argentino" en "El fideicomiso de garantía", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 243

[45] ETCHEGARAY, Natalio Pedro, "Fideicomiso", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 34

[46] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. "Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición", Ed. ZAVALIA, 1996, Buenos Aires. p.123. A fin de fundamentar su postura sostiene que "Nos ayuda en esto la terminología del Código Civil, en textos como el art. 2812 a cuyo tenor el usufructo se constituye por contrato oneroso o gratuito, mentando como de constitución al título de adquisición". AICEGA, Valentina, "Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones", en "Estudios de Derecho Comercial Moderno", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 151, destaca que tal plazo máximo "se computa desde la celebración del convenio". En sentido contrario, Carregal, interpretando el art. 4 inc. c) el cual dispone que el dominio fiduciario "no podrá durar más

de treinta años desde su constitución”; opina que el mismo se computa desde la transmisión del o los bienes -momento en el cual se constituye la propiedad fiduciaria. No se trata de la duración del contrato la que se establece, sino la de la propiedad fiduciaria. CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso. Teoría y aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 101 y 147.

[47] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición”, Ed. ZAVALIA, 1996, Buenos Aires, p. 122 y sgtes. “Lo que caracteriza a cualquier titularidad fiduciaria de la ley es precisamente la subordinación a un plazo o condición (art. 1 L.F.)”. AICEGA, Valentina, “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones”, en “Estudios de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p.151. En sentido contrario, ETCHEGARAY, Natalio Pedro, “Fideicomiso”, Ed. Astrea, 2008, p. 35, sostiene que “La omisión de un plazo o condición a la que se someta la extinción del fideicomiso torna aplicable el plazo máximo legal (los treinta años que establece en inc. c del art. 4)”, tal como reafirma el inc a. del art. 25 de la ley, al decir que el fideicomiso se extinguirá, entre otras causales, por el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal”

[48] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio M. “Tratado de Fideicomiso” 2º Ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.191.

[49] GÓMEZ LEO, Osvaldo R.; FERNÁNDEZ, Raymundo L. “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial” Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Online Abeledo Perrot.

[50] CARREGAL, Mario A., “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial” Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Online Abeledo Perrot., p. 84.

[51] KIPER y LISOPRAWISKI, al referirse al objeto del contrato de fideicomiso, sostienen que “Toda clase de bienes-materiales e inmateriales- o derechos pueden ser objeto del contrato de fideicomiso, exceptuando los personales del constituyente”. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio M. “Tratado de Fideicomiso” 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.191. En el mismo sentido CLUSELLAS, Eduardo G., ORMAECHEA, Carolina, “Contratos con garantía fiduciaria” Editorial Ábaco, Buenos Aires, p. 57.

[52] LASCALA, Jorge Hugo, “Práctica del Fideicomiso”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 103.

[53] La norma pretende evitar una excesiva indeterminación, siendo entonces una obligación que el o los bienes o cosas estén determinados o al menos descriptos en sus requisitos y características. AICEGA, María Valentina, “El patrimonio en el contrato de fideicomiso”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p.51

[54] CARREGAL, Mario A., Ob. Cit., p. 146; AICEGA María Valentina, “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones” en “Estudios de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 151.

[55] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWISKI, Silvio M. “Tratado de Fideicomiso” 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.191

[56] En este sentido, LASCALA, Jorge Hugo, Jorge Hugo, “Práctica del Fideicomiso”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 105; AICEGA, María Valentina, “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones” en “Estudios de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 150. ETCHEGARAY, Pedro Natalio “Fideicomiso. Técnica y práctica documental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 29.

[57] FAVIER DUBOIS (h.), Eduardo M., “Fideicomiso y régimen societario. El fideicomiso sobre acciones de sociedad anónima.”, La Ley, 2010, p. 7; AICEGA, María Valentina, Ob. Cit., p. 150

[58] Respecto de la herencia existe discrepancia en la doctrina sobre si puede o no ser aportada. Algunos autores sostienen que en virtud de la que lay en el art. 1 exige que se trate de bienes determinados, las universalidades no podrían ser objeto de fideicomiso. En

este sentido, KIPER y LISOPRAWWSKI sostienen que no se puede hablar de dominio fiduciario sobre una universalidad, ya que en materia de derechos reales el objeto debe recaer sobre cosas singulares o particulares. Sin embargo, y en virtud de que estos autores advierten la existencia de dos regímenes, uno del Código Civil- art. 2662- y otro el de la Ley 24.441, si opinan que las universalidades podrían ser objeto de propiedad fiduciaria. MUSTO, quizás ya en una posición intermedia, sostiene que no es acorde a lo dispuesto por la L.F. poder extender el objeto a una universalidad de derecho en general, “aunque si puede ser a una cuota parte de la universalidad o del patrimonio”. En cambio, doctrinarios tales como LÓPEZ DE ZAVALÍA, LASCALA consideran que las mismas pueden fideicomitirse. El primero, opina que “La universalidad jurídica “herencia” es un objeto incorporal que puede ser cedido y, a fortiori, puede ser objeto de fideicomiso”. El segundo de los autores opina que “Consideramos que los bienes pueden ser enunciados de manera genérica y no necesariamente en forma individual, admitiéndose una afectación respecto de una universalidad tanto de hecho como jurídica, o de una integralidad o una porción patrimonial.” KIPER, Claudio M. y LISOPRAWWSKI Silvio V. “Tratado de Fideicomiso” 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires. MUSTO, Néstor Jorge, “Fideicomiso” en “Cuestiones Esenciales en Derechos reales” Ed. Lexis Nexis, p.102; LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Letras Hipotecarias, Ejecución Hipotecaria, Contratos de Consumición.”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 118 y ccs.; LASCALA, Jorge Hugo, Jorge Hugo, “Práctica del Fideicomiso”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 105.[59] LASCALA, Jorge Hugo, Jorge Hugo, “Práctica del Fideicomiso”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 106; MUSTO, Néstor Jorge, Ob. Cit., p.102.

[60] GOMEZ LEO, Osvaldo R., “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial” Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Online Abeledo Perrot., p. 34. KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V. “Tratado de Fideicomiso” 2º Ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires, p.191.

[61] Art. 18 de L.F. dispone que: “El fiduciario se halla legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitados tanto contra terceros como contra el beneficiario. El juez podrá autorizar al fiduciante o al beneficiario a ejercer acciones en sustitución del fiduciario, cuando éste no lo hiciera sin motivo suficiente” Se ha considerado que si bien dicho artículo no ha mencionado al fideicomisario, tal omisión se considera un error del legislador. Es que el fideicomisario, tiene el mismo interés que el beneficiario en la protección de los bienes y fines fideicomitados.

[62] GOMEZ LEO, Osvaldo R., “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Abeledo Perrot Online.

[63] KIPER, Claudio M. y LISOPRAWWSKI Silvio V., “Tratado de Fideicomiso” 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires., p. 118.

[64] ETCHEGARAY, Natalio Pedro, “Fideicomiso. Técnica y práctica documental”, Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 31.

[65] CARREGAL, Mario A. “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 219.

[66] GOMEZ LEO, Osvaldo R. “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Abeledo Perrot Online. La doctrina es uniforme en sostener que para ser fiduciante, se debe dar en el sujeto el elemento volitivo de querer ocupar el lugar de fiduciante. En caso contrario, sólo será un tercero que aporta y se convierte en acreedor del fideicomiso.

[67] CHALUPOWICZS, Israel, “Los fideicomisos y la actividad inmobiliaria”, Abeledo Perrot Online, Lexis Nº 0003/70063602-1, p. 6. “... estando en desarrollo el negocio que constituye la razón de ser del fideicomiso, el aporte de los nuevos fiduciantes significa incorporarse a un emprendimiento que si bien puede justipreciarse por el valor histórico, nominal, de los

aportes efectuados, presenta, en cambio, una alternativa de “valor” conforme con el cual los aportes sucesivos deben sufrir una equiparación propia de una especie de “prima de emisión”, trasplantada del régimen de sociedades comerciales a un fideicomiso...”.

[68] LOPEZ DE ZAVALÍA, F, “Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Contratos de consumición, Zavalía, Buenos Aires, 1996, p.139... “Ello se da cuando quien aporta nuevos bienes al patrimonio separado es un tercero que quiere asumir la posición de fiduciante. El contrato de fideicomiso toma la configuración de un `contrato abierto`”.

[69] AICEGA, María Valentina, “El patrimonio en el contrato de fideicomiso”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p.29. GOMEZ LEO, Osvaldo R. opina que “en virtud del aporte hecho adquieren el carácter de fiduciantes”. Pareciera comprenderse de ello que para el destacado doctrinario, basta realizar el aporte sin manifestación necesaria, para poder ser considerado fiduciante. GOMEZ LEO, Osvaldo R. “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Abeledo Perrot Online.

[70] La doctrina cuestiona sobre todo la necesidad que dispone el legislador de prever las normas para el caso de insuficiencia, sosteniendo sobre todo que es ilógico pensar que al constituir el contrato las partes tengan en mira el fracaso. No considero que sea del todo así. Sabemos, y sobre todo como juristas, que en los contratos se prevén las soluciones a los mas variados riesgos que puedan surgir de la celebración del contrato. GOMEZ LEO opina que la exigencia de tal norma “resulta a todas luces inadecuada para la hipótesis contemplada en el art. 16, LF, (...) una previsión en tal sentido podría conllevar a un fracaso de la finalidad perseguida y, en su caso, la extinción del fideicomiso...” GOMEZ LEO, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Abeledo Perrot Online; KIPER Y LISOPRAWSKI opinan que “Obviamente se está hablando de la adición de bienes que ingresarán en el futuro o el destino de los frutos producidos por bienes fideicomitados o el reemplazo de los que conforman el patrimonio fideicomitado. Si se entendiera que estamos frente a un requisito esencial y constitutivo, creemos que tal interpretación sería un despropósito, porque si por caso se omitiera el requisito, el contrato caería, lo que parece absurdo.”. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI Silvio V., “Tratado de Fideicomiso” 2º ed. Lexis Nexis. Depalma, Buenos Aires., p. 191

[71] No debemos dejar de tener en cuenta, que de los sujetos mencionados, sólo dos son parte en el contrato: el fiduciante y el fiduciario. Los demás, serán terceros interesados desde la aceptación de la calidad que se les concede por medio de esta herramienta jurídica. CLUSELLAS, Eduardo G.; ORMAECHEA, Carolina, Ob Cit., p. 55

[72] LOPEZ DE ZAVALÍA, F, “Fideicomiso. Leasing. Letras hipotecarias. Contratos de consumición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p.139. “Ello se da cuando quien aporta nuevos bienes al patrimonio separado es un tercero que quiere asumir la posición de fiduciante. El contrato de fideicomiso toma la configuración de un `contrato abierto`”.

[73] AICEGA, María Valentina, “El patrimonio en el contrato de fideicomiso”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p.29. GOMEZ LEO, Osvaldo R. opina que “en virtud del aporte hecho adquieren el carácter de fiduciantes”. Pareciera comprenderse de ello que para el destacado doctrinario que para poder ser considerado fiduciante, basta realizar el aporte sin manifestación necesaria,. GOMEZ LEO, Osvaldo R. “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2004, Abeledo Perrot Online.

[74] COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Cesión de contrato. Cesión de créditos y cesión de deudas”, LA LEY 1990-D , 327 • Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III , 411 • Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo V , 489, Fallo Comentado: , Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A (CNCiv)(SalaA) ~ 1989/04/07 ~ Alsina 396 c. Corina, Alfredo E, con cita a CNCivil, Sala B, Revista LA LEY, t. 149, p. 607, F. 30.076. Idem CNCivil, sala D, en Revista LA LEY, t. 101, p. 649 y CNCiv, Sala E, en Revista LA LEY, t. 134, p. 671. C2ª. La Plata, en J. A. reseñas 1972-227. CApel. Junín en J.A., 1965-IV, p. 435.

- [75] ALTERINI, Atilio A., "Contratos, civiles, comerciales, de consumo", N° 2, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, Capítulo XX, p. 467.
- [76] GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "La cesión de derechos y la notificación al deudor cedido". LA LEY 04/11/2011 , 4, LA LEY 2011-F , 125; Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A ~ 2011-06-14 ~ Roncoroni, Mario c. Grafing S.A. y otros s/ordinario.
- [77] KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 129.
- [78] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Fideicomiso, Leasing, Ejecución Hipotecaria, Contrato de Consumo", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 88.
- [79] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 100 y 107; KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 195.
- [80] La jurisprudencia no es unánime a la hora de otorgar legitimidad al fiduciario una vez operadas las causales que prevé el art. 25 L.F. Sostienen que, una vez producida la extinción del contrato que le da legitimidad para actuar, no puede operar mas como fiduciario del fideicomiso. Sin embargo, otra parte de la jurisprudencia sostiene, y con acierto, que el fiduciario se encuentra legitimado para actuar una vez extinguido el contrato al efecto de poder liquidar el patrimonio, cancelando el pasivo, hacerse del activo que se adeude al fideicomiso y distribuir el remanente. CNCom., Sala E, "Centrifin S.A. s/Concurso Preventivo s/Incidente de Revisión por Banco Comafi S.A." Sala Expte.48.11/06, fecha 27/11/2006. CNCivil, Sala H, "in re" (R. 487.541) "Banco Comafi S.A. c. Canan Aaron Enrique y otro s/ejecución hipotecaria".
- [81] Si bien puede considerarse que sólo el art. 16 de la L.F. consagra la liquidación forzosa, considero que en todos los casos de extinción del contrato de fideicomiso debe procederse a la liquidación. a fin de que a su vez se extinga el patrimonio fideicomitado. Se deben cancelar las deudas y luego, si lo hubiere, transferir el resto de bienes a quienes designe el contrato. Lo estipule o no el contrato, la liquidación debería ser obligatoria para todos los supuestos; ello en protección sobre todo de los acreedores que contrataren "con el fideicomiso" y pretendan no ver burlado el cobro sus acreencias.
- [82] KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p 434.
- [83] LORENZETTI, Ricardo Luis, "Contratos. Parte especial", Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, p. 316.
- [84] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 278.
- [85] KIPER, Claudio M., LISOPRAWWSKI, Silvio V., "Tratado de Fideicomiso", Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 436.
- [86] ROUILLON, Adolfo A. N., "Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 190.
- [87] CARREGAL, Mario A., "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 276.
- [88] El art. 2 de la ley 24.522 dispone como excepción que podrá declararse el concurso del patrimonio del fallecido. Si bien muchos doctrinarios como CARREGAL, Mario A., - "Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios", Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 276.- sostiene que no se trataría de una excepción por referirse al patrimonio que conforme la normas del Cód. Civil se transfiere de pleno derecho a favor de ciertos herederos (arts. 3410 y 3433 Cód. Civil), considero por mi lado que la ley de concursos y quiebras establece una excepción al principio de que no puede declararse el concurso de un patrimonio sin titular. Ahora, es sólo una excepción que la ley 24.441 se encarga de que su aplicación no se

extienda por analogía, disponiendo que en caso de insuficiencia de bienes para afrontar las obligaciones del fideicomiso, no se declarará la quiebra de éste (art. 16 L.F). En el mismo sentido opina LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Ejecución Hipotecaria, Contrato de Consumo”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 88. CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 276.

[89] Si bien la ley 24.522 no dispone quienes pueden ser declarados en quiebra, el art. 2 dispone que “pueden ser declaradas en concurso las personas de existencia visible, las de existencia ideal de carácter privado y aquellas sociedades en que el Estado nacional, provincial o municipal sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación”.

[90] LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., “Fideicomiso, Leasing, Ejecución Hipotecaria, Contrato de Consumo”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1996, p. 88

[91] CARREGAL, Mario A., “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 276.

[92] CARREGAL, Mario A., -“Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 276. Creemos conveniente en este sentido citar las normas del Código Civil que disponen que de acuerdo al Art. 1197: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual debe someterse como a la ley misma”, pero no es menos cierto que “...los contratos no pueden perjudicar a terceros” (Art. 1195) y que, salvo contadas excepciones, “... los contratos no pueden oponerse a terceros..., ni invocarse por ellos...” (Art. 1199).

[93] LISOPRAWSKI, Silvio, “La extinción del fideicomiso. Una alternativa de hierro: El “limbo” o la subsistencia “ultra vires”, LA LEY 05/03/2008 , 1, LA LEY 2008-B , 912, Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo III , 745 • Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo VI , 751, “(...) los terceros acreedores del fiduciario (en relación al patrimonio separado del Fideicomiso) se encontrarán —al final del camino— con el enigmático procedimiento de liquidación “extrajudicial” establecido en el último párrafo del Art. 16 de la citada ley”

[94] KIPER, Claudio M., LISOPRAWSKI, Silvio V., “Tratado de Fideicomiso”, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, p 195, con cita a LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando, “Teoría de los Contratos”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1995, Tomo 5, p 771.

[95] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. AD.HOC, 1 ed. 5ta reimp, Buenos Aires, 2005, p. 388.

[96] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. AD.HOC, 1 ed. 5ta reimp, Buenos Aires, 2005, p. 387 y sgtes. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo I, p.18

[97] El art. 1 de la L.S.C. dispone que: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. El concepto enunciado nos brinda los caracteres esenciales de toda sociedad comercial: a) pluralidad de partes; b) forma organizada; c) tipicidad; d) aportes; e) objeto preciso y determinado; f) participación en los beneficios y soporte de pérdidas.

[98] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación, extinción”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 108, manifiesta que “(...) la sociedad anónima se identifica como sociedad de capital, pasando a segundo plano los elementos subjetivos de los aportantes de aquél, lo que ha permitido el aforismo de que en la sociedad anónima el socio vale no por lo que es sino por el monto que aporta.”. En el mismo sentido opinan EFRAÍN, Hugo Richard, ORLANDO, Manuel Muiño, “Derecho Societario. Sociedades comerciales, civiles y cooperativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 398.;

BALBÍN, Sebastián, “Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales”, Ed. AD.HOC, Buenos Aires, 2010. Así también, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica”, Ed Civitas S.A., Madrid, 1992, p. 216, afirma que “la organización de las sociedades de capitales presupone, en principio, una cierta indiferencia con relación a las condiciones personales del socio, que adquiere esa condición mediante la suscripción o adquisición de una o varias acciones o participaciones, de forma que los miembros de la sociedad pueden ser sustituidos más o menos fácilmente.”

[99] EFRAÍN, Hugo Richard; ORLANDO, Manuel Muiño; Ob, Cit, p. 398 con cita a Halperín, Sociedades Anónimas, p.52. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada? La cuestión tipológica”, Ed Civitas S.A., Madrid, 1992, p. 216, afirma que “la organización de las sociedades de capitales presupone, en principio, una cierta indiferencia con relación a las condiciones personales del socio, que adquiere esa condición mediante la suscripción o adquisición de una o varias acciones o participaciones, de forma que los miembros de la sociedad pueden ser sustituidos más o menos fácilmente.”

[100] Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, “García, Eduardo Manuel c. Neocientífica S.A.” 12/10/2007, La Ley Online, AR/JUR/9572/2007 “Sin embargo, tal como lo prevé el art. 2° de la Ley de Sociedades comerciales, la sociedad constituye una entidad jurídica diferente de los miembros que la componen con capacidad suficiente para adquirir derechos y contraer obligaciones, y esa unidad total permanece siempre idéntica a si misma, a pesar de que los socios cambien y se renueven. Es que a través de la personalidad la sociedad adquiere una entidad de sujeto de derecho distinto de los socios individualmente considerados y con un patrimonio independiente (Véase Nissen, “Ley de Soc. Comerciales”, T. I, ps. 57/63, Ed. Astrea). En efecto, la sociedad anónima constituye un sujeto de derecho con personalidad propia, y con imputabilidad diferenciada de los sujetos que la integran, (...)”

[101] “Si no existe un acto constitutivo societario no podrá darse el efecto personalidad societaria”. ZALDIVAR, Enrique, “Cuaderno de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Volumen I, p. 143.

[102] “La persona jurídica, en nuestro sistema, es tal desde su constitución; requiere de un contrato constitutivo que marque el inicio a las relaciones negociales, independientemente de la registración (arts. 2, 21, 101, 112 y 183 LSC).” MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 36. En el mismo sentido ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 27.

[103] La inscripción o no de las sociedades en el Registro Público de Comercio determinará el régimen legal aplicable. En el segundo caso será considerada sociedad irregular o de hecho y se le aplicarán los arts. 21 y sgtes.; en cambio, en el primero, será sociedad regular y se le aplicarán las normas que la LSC prevé para cada uno de los tipos societarios.

[104] CNCiv., Sala D, LL 1982-B-276, afirma que la distinción entre la personalidad societaria y la de sus socios “habrá de mantenerse en tanto no exceda del marco de la normativa privada en atención a sus fines, o sea extraña a ellos. Ello conduce a reputar ineficaz la forma societaria para satisfacer fines o intereses que exceden el que la disciplina normativa reconoce como legítimo. Tal concepción hallaría basamento en el art. 2 de la ley 19.550 (...)”

[105] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26. Respecto de este tema, cabe recordar el fallo de la CSJN “Palomeque, Aldo R. v Benemeth S.A. y otro”, 3 de abril de 2003 (DJ, 2003-3-662), cuando manifiesta que “...no corresponde hacer extensiva la condena a los socios y administradores de la sociedad en tanto que no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el

propósito de violar la ley, que, prevaleciéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales..." y que "...en el marco precedentemente descripto, aprecio que los jueces han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta configura un régimen especial porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía..."

[106] ZALDIVAR, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, V. I, p. 24.

[107] Art. 30, Cód. Civil Argentino.

[108] HALPERÍN, Isaac, "La personalidad Jurídica de las Sociedades Civiles y Comerciales", Revista Jurídica Argentina, La Ley 2, 1011, Tomo I, p. 469.

[109] ZALDIVAR, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, V. I, p.149.

[110] Las únicas limitaciones que deberán ser observadas al momento de actuar son las determinadas por el tipo adoptado (art. 30 LSC) -ley-, como así también deberán observarse las actividades que según el objeto social la sociedad puede realizar -estatuto-. ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, "Manual de Sociedades Comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26.

[111] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, "Manual de Sociedades Comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 26.

[112] HALPERÍN, Isaac, "La personalidad Jurídica de las Sociedades Civiles y Comerciales", Revista Jurídica Argentina, La Ley 2, 1011, Tomo I, p. 469.

[113] ZALDIVAR, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, V. I, p. 150; VERÓN, Alberto Víctor, "Sociedades Comerciales Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada", Ed. Astrea, Tomo II, p. 301.

[114] HALPERÍN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, 1998.

[115] GRISPO, Jorge D. "El capital en las sociedades anónimas", La Ley 2006-E, 836.

[116] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., "Sociedades anónimas. Constitución, modificación, extinción", Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p 106; ZALDIVAR, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario", 1 Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 206; HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

[117] MANÓVIL, Ezequiel, "El capital en las sociedades anónimas. Un análisis económico", Publicado en La Ley, 2010-A, 585.

[118] LE PERA, Sergio, "Sobre la futilidad de la noción de Capital Social", La Ley, 1986-B, 972. En el mismo sentido, GRISPO, J. haciendo referencia a lo sostenido por Bacigalup Vértiz "(...) la llamada intangibilidad del capital social se revela en la práctica como un mecanismo jurídico al que es dable atribuir falencias irreductibles.". GRISPO, Jorge D. "El capital en las sociedades anónimas", La Ley 2006-E, 836.

[119] HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., "Sociedades Anónimas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. En el mismo sentido, ZALDIVAR, Enrique, "Cuadernos de Derecho Societario", 1 Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 206.

[120] MANÓVIL, Ezequiel, "El capital en las sociedades anónimas. Un análisis económico", La ley, 2010-A, 585. GRISPO se cuestiona en el mismo sentido: "La pregunta es si importará al acreedor, preocupado por la "tangibilidad" de los bienes que componen el activo (capital real), la intangibilidad de esta cifra que en nada ayudará al recupero de su crédito."

GRISPO, Jorge D. "El capital en las sociedades anónimas", La Ley 2006-E, 836.

[121] HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., "Sociedades Anónimas", Ed, Depalma, Buenos Aires, 1998

[122] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación, extinción”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 106. “Como cifra jurídica permanece invariable durante toda la vida de la sociedad, a menos que ésta, a través de su órgano competente -asamblea- decida aumentarlo, reducirlo o reintegrarlo, previo cumplimiento de los recaudos legales pertinentes”.

[123] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, 1 Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 205.

[124] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación, extinción”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 106

[125] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 55. ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, 1 Reimpresión, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 204.

[126] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación, extinción”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1982, p. 107.

[127] GRISPO, Jorge D. “El capital en las sociedades anónimas”, La Ley 2006-E, 836.

[128] Resolución 7/2005, Inspección General de Justicia, artículo 67: “La Inspección General de Justicia exigirá una cifra de capital social inicial superior a la fijada en el acto constitutivo, aun en la constitución de sociedades por acciones con la cifra mínima del artículo 186, párrafo primero, de la Ley N° 19.550, si advierte que, en virtud de la naturaleza, características o pluralidad de actividades comprendidas en el objeto social, el capital resulta manifiestamente inadecuado”.

[129] “ (...) dentro del ejercicio de control de legalidad del document presentado para su inscripción en el Registro Público de Comercio, se encuentra la de requerir que la cifra del capital social se corresponda en su cuantía, como instituto de garantía de los terceros, y que ella resulte suficiente para poder desarrollar el objeto social, (...)”. NISSEN, Ricardo A., “Sobre la imprescindible relación que existe entre el capital y el objeto social”.

[130] C. Apel. Laboral de Santiago del Estero, en autos “Salazar Oscar Elder contra Forestal El Milagro sobre indemnización por antigüedad”, 15 de Junio de 2005.

[131] En este sentido opinan VERLY, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima), La Ley, 1997-A, 793; MANÓVIL, Ezequiel “El capital social en las sociedades anónimas. Un análisis económico”, La Ley 2010-A, 585.

[132] Di Chiazza, Iván G., “La relación capital-objeto social”, LL, 2004-F-1499.

[133] Sostiene NISSEN que: “... el capital sirve de instrumento de garantía que compensa a los acreedores de la exoneración de responsabilidad de que gozan los patrimonios personales de cada uno de los socios,...”. NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 397.

[134] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 398.

[135] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 398.

[136] “En efecto, los balances, que tienen importancia en cualquier empresa, cobran especial significado en la sociedad anónima para los socios y los terceros, por su triple función de hacer conocer el estado patrimonial de la sociedad, asegurar la integridad del capital, con la realización de amortizaciones y formación de reservas, etc; dar a conocer los negocios sociales y su consecuencia, la distribución de utilidades o la distribución de las pérdidas (cfr. Isaac Halperin, “Sociedades Anónimas”, segunda edición, 1978, pág. 468 y ss.). De ello deriva la indudable importancia de su aprobación (En similar sentido CCom. esta Sala in re “Aitken Cleide, Beatriz c/ Tecnológicos Argentinos Eta SA. s/ ordinario s/ inc. De apelación” del 29.7.05).” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Coma's

S.A. s/quiebra”, 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/28830/2010

[137] En el mismo sentido, VERLY, Hernán, “Apuntes para una revisión del concepto de capital social (con especial referencia a la sociedad anónima)”, La Ley, 1997-A, 763.

[138] GRISPO, Jorge D., “El capital en las sociedades anónimas”, La Ley 2006-E, 836.

[139] Debe tenerse presente que no toda contribución efectuada por los socios configura lisa y llanamente un aporte constitutivo del capital social, ya que existen ciertas prestaciones que son ajenas al mismo como por ejemplo las prestaciones accesorias (art. 50 LSC), las primas de emisión (art. 202 LSC). Igualmente, si bien no formarán parte del capital, si lo serán del patrimonio societario.

[140] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Volumen I, p. 75.

[141] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Coma’s S.A. s/quiebra”, 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/28830/2010. “El aporte, en tanto prestación característica del socio, es el elemento más típico del contrato de sociedad, que, en tipos societarios como el de la especie, tiene restringida la naturaleza de los bienes aportables a las solas obligaciones de dar (conf. arts. 38 y 39 LS). Ahora bien, en tipos societarios como el adoptado por la fallida, resulta evidente la relevancia de los aportes, que sólo pueden consistir en obligaciones de dar en propiedad bienes susceptibles de ejecución forzada (art. 39 LS), resultando evidente su finalidad, cual es la protección de los terceros que contratan con la misma. Por lo demás, recuérdese que la sumatoria de los aportes, en este tipo societario, arroja como resultado el capital social, que funciona como garantía específica, operando como cifra de retención (arts. 68, 71 y 224 y concs. LS), determinando en cabeza de los terceros, la certeza de existir siempre en la caja social, el contravalor efectivo de la cifra capital, razón técnica por la que esta cifra se registra en el pasivo del balance (CNCom. esta Sala, in re “Epicureo SA s/ quiebra” del 13.9.95, LL 26.4.96).

[142] Cabe señalar que no todo aporte acarrea la calidad de socio ya que pueden darse por ejemplo contribuciones por parte de terceros en calidad de aportes irrevocables, y suceder que luego el directorio no lo acepte como parte de aporte al capital, quedando el tercero como mero acreedor social. MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 693.

[143] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 691, 692.

[144] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA, Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 50.

[145] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Volumen I, p. 77.

[146] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 708

[147] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 415.

[148] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 708

[149] El art. 213 de la L.S.C. exige que las transmisiones de las acciones o cualquier otro negocio jurídico sobre ellas, sea anotado en el libro de registro de acciones a fin de poder ser oponibles a terceros o los mismos socios.

[150] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 710.

[151] BALBÍN, Sebastián, “Curso de Derecho de las sociedades comerciales”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 641.

[152] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades

- Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 710
- [153] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario” Volumen I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 364, con cita a HALPERÍN, I., “El concepto de sociedad en el proyecto de la ley de sociedades comerciales”, Revista del Der. Com. Y de las Obligaciones, Año 2, junio 1969, N 9, pág. 271.
- [154] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General.”, Tomo II, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 940.
- [155] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General.”, Tomo II, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 950.
- [156] Así mismo suelen emplearse los vocablos de derecho en expectativa o derecho al beneficio. ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 743.
- [157] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario” Volumen I, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 372.
- [158] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 744.
- [159] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 748.
- [160] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 745.
- [161] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 744.
- [162] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario” Volumen I, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 373.
- [163] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 744.
- [164] HALPERIN, Isaac, OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, Ed, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 358.
- [165] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario. Parte General.”, Tomo II, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 948; ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 748; ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario” Volumen I, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 375.
- [166] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario” Volumen I, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 366.
- [167] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 750.
- [168] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 750.
- [169] BALBIN, Sebastián, “Curso de derecho de las sociedades comerciales”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 624.
- [170] RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel, “Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Año 1997, p. 402. No es suficiente la certificación de firmas de un instrumento privado para poder constituir la sociedad, como así tampoco la protocolización del instrumento privado, salvo en este último supuesto que sea el juez quien manda la protocolización, en cuyo caso se convertirá en instrumento público, instrumento viable para la constitución (art. 984 y 1003 Cód. Civil).
- [171] C.N.Com., Sala B, 16/02/1973, en los autos “Pueyrredón 419 SA”, LL, 152-88.
- [172] BALBIN, Sebastián, “Curso de derecho de las sociedades comerciales”, Ed. Ad Hoc,

Buenos Aires, 2010.

[173] RICHARD, Efraín Hugo; MUIÑO, Orlando Manuel, “Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Año 1997, p. 403.

[174] MUGUILLO, Roberto A., “Ley de Sociedades Comerciales. Ley 19.550 comentada y concordada. Normativa complementaria”. Ed. Abeledo Perrot, 2009, p.51.

[175] OTAEGUI, Julio C., “Sociedad comercial y publicidad”, LA LEY 2007-A, 607, p. 5. En el mismo sentido, HALPERÍN, Isaac, “Curso de Derecho Comercial”, Ed. 4ta ampliada y actualizada por E. M. Butty, sostiene que la finalidad de la inscripción “es la publicidad de los actos que deben inscribirse, a fin de que tales actos sean oponibles a terceros”.

[176] Ley de sociedades comerciales, arts. 5, 6, 7, 38, 167 L.S.C.; Resolución 11/2011 de UIF, y resoluciones dictadas por cada uno de los registros provinciales correspondientes; en Ciudad Autónoma de Buenos Aires Resolución 7/2005, entre otras.

[177] BALBÍN, Sebastián, “Curso de derecho de las sociedades comerciales”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2010, p. 624.

[178] OTAEGUI, Julio C., “Sociedad comercial y publicidad”, LA LEY 2007-A, 607, p. 11.

[179] Mediante Decreto 1331/2012, el Poder Ejecutivo modificó el capital mínimo requerido para constituir una sociedad anónima.

[180] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 634.

[181] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, año, p. 102, con cita a Rousseau, Traité, t. I, p. 532.

[182] Es facultativo para el Poder Ejecutivo actualizar el mínimo de capital exigible para constituir una sociedad. Ello dependerá de las políticas económicas vigentes, las que generalmente pretenden relacionar sociedad anónima con negocios de gran envergadura.

[183] VERÓN, Alberto V., “Sociedades comerciales”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, Tomo 3, p. 247.

[184] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 634.

[185] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 186. “En las sociedades en las que los socios limitan su responsabilidad la ley exige que sus aportes sean obligaciones de dar e impliquen la transferencia de dominio de bienes susceptibles de ejecución forzada. De esa manera se garantiza a los terceros contratantes con la sociedad que el único patrimonio responsable para ejecutar sus créditos es el de la sociedad, y va a estar compuesto por bienes que ellos podrán ejecutar forzosamente en caso de incumplimiento”

[186] Imaginemos esta situación ocurrida hoy en el año 2013, en el que el mercado financiero cuenta con un dólar oficial a seis pesos (\$6), y un dólar “blue” a diez pesos (\$10). ¿Qué dólar debería tomarse cuando se aporta moneda extranjera?, ¿el oficial o el paralelo? Muchos dirán que en el marco de la legalidad obviamente es el oficial, pero en la práctica financiera argentina, al menos eso hoy no sucede.

[187] Interesante destacar que el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado 884/2012, presentado por la Presidencia de la Nación, en sentido contrario al que considero correcto, propone que la obligación de dar sumas de dinero se transforme en dar sumas de cosas, lo que en definitiva la moneda extranjera ya no consistiría aporte en dinero sino aporte en especie. Ello conforme el art. 765: “CONCEPTO: La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el

equivalente en moneda de curso legal.” Si bien ello ha sido duramente criticado por la oposición y por los múltiples sectores, toda vez que implicaría la pesificación del mercado, hasta la fecha no se ha propuesto por parte del Poder Ejecutivo reforma alguna.

[188] VERON, Alberto Víctor, “Tratado de los conflictos societarios”, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 18. Así también, SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 114. En sentido contrario, MOLINA SANDOVAL Carlos A. en “Régimen Societario”, Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 704, considera que el aporte hecho en moneda extranjera debe valuarse conforme arts. 51 y ss de la LSC, como si fueran aportes en especie; aunque por otro lado el citado autor menciona que “El aporte en moneda extranjera es posible y, en consecuencia, rige el art. 617, Cód. Civil (...)” Por un lado el referido doctrinario sostiene que el aporte en moneda extranjera se considerará como obligación de dar sumas de dinero, pero luego pretende valuarla conforme las normas de la LSC que regulan la valuación de los aportes en especie. Contradictorio todo.

[189] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 118.

[190] HALPERIN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998.

[191] MOLINA SANDOVAL Carlos A. en “Régimen Societario”, Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 707. El art. 219 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que son bienes inembargables: “1) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza. 2) Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado.”. Así tampoco son embargables los alimentos (art. 374 Cód. Civil), el bien de familia (art. 38, ley 14.394), el salario mínimo vital y móvil (art. 120, ley 20.744), entre otros.

[192] Ver más en HALPERIN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9. VERÓN, Alberto Víctor, “Tratado de los conflictos societarios”, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 102 a 107; SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 142 a 145.

[193] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 188.

[194] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Volumen I, p. 215.

[195] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 188.

[196] SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 142.

[197] Conforme art. 4 de la ley 24.481, Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. a) A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre. b) Asimismo, será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. c) Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. d) Habrá actividad inventiva cuando el proceso

creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. e) Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios

[198] Toda disposición o forma nueva obtenida o introducida en herramientas, instrumentos de trabajo, utensilios, dispositivos u objetos conocidos que se presten a un trabajo práctico, en cuanto importen una mejor utilización en la función a que estén destinados, conferirán a su creador el derecho exclusivo de explotación, que se justificará por títulos denominados certificados de modelos de utilidad. Este derecho se concederá solamente a la nueva forma o disposición tal como se la define, pero no podrá concederse un certificado de modelo de utilidad dentro del campo de protección de una patente de invención vigente.

[199] Pueden registrarse como marcas para distinguir productos y servicios: una o más palabras con o sin contenido conceptual; los dibujos; los emblemas; los monogramas; los grabados; los estampados; los sellos; las imágenes; las bandas; las combinaciones de colores aplicadas en un lugar determinado de los productos o de los envases; los envoltorios; los envases; las combinaciones de letras y de números; las letras y números por su dibujo especial; las frases publicitarias; los relieves con capacidad distintiva y todo otro signo con tal capacidad.

[200] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 196. En el mismo sentido, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 714.

[201] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 196.

[202] MUGUILLO, Roberto A., “Ley de Sociedades Comerciales Comentada”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs. 73, 291; MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 719.

[203] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 200.

[204] HALPERIN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Texto online.

[205] HALPERIN, Isaac; OTAEGUI, Julio C., “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998. Texto online

[206] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 198. En el mismo sentido, MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 724.

[207] Sasot Betes - Sasot considera que ante tal situación, deben aplicarse los principios generales, siendo por ello responsable por los daños causados a la sociedad el socio que omite manifestar que el bien se encuentra gravado. SASOT BETES, Miguel A., SASOT, Miguel P., “Sociedades anónimas. Constitución, modificación y extinción.”, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 139. Roitman, por otro lado opina, a mi criterio acertadamente, que en caso de silencio por parte del socio respecto del gravamen que recae sobre el aporte, se aplicará la norma del art. 16 LSC. ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 198. En sentido contrario, Molina Sandoval considera que se deben aplicar las consecuencias propias del incumplimiento del aporte (art. 37 LSC). MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Régimen Societario”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 723.

[208] En sentido contrario, ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 187.

- [209] ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo III, p. 478. ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, "Manual de Sociedades Comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 181.
- [210] Los aportes que no deben integrarse totalmente al momento del contrato constitutivo son exigibles desde el momento de la inscripción de la sociedad (art. 37, art. 186 L.S.C.)
- [211] La CNCom, Sala D, declaró nula una asamblea de accionistas en la que participaron socios con derechos suspendidos. En tal sentido manifestó que: "Corresponde suspender la ejecución de una decisión asamblearia en la cual pudieron participar socios morosos en la integración total de sus aportes, pues conforme lo establecido por el art. 192 de la ley 19.550, la mora suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones, afectándose de tal modo la formación de la mayoría en la citada asamblea". CNCom, Sala D, en el fallo "La Nueva Metrópol S.A. c/ Cometrans S.A.", 30/5/2002, La Ley, 2002, A 09/17,6. ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo III, p. 479.
- [212] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Régimen Societario", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 754.
- [213] ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo III, p. 478
- [214] ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo III, p. 485.
- [215] MOLINA SANDOVAL, Carlos A., "Régimen Societario", Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, Tomo II, p. 755.
- [216] NISSEN, Ricardo A., "Curso de Derecho Societario", Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 403, afirma con razón que "... no necesariamente el aumento de capital requiere de nuevos aportes o desembolsos dinerarios por parte de los socios o accionistas, pues el incremento del capital puede producirse por capitalización de cuentas del balance, como por ejemplo, por revalúo de los bienes del activo, por ajuste del capital o por capitalización de reservas..."
- [217] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, "Manual de Sociedades Comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 671.
- [218] C.N.Com, Sala B, "Tchomlekdjoglou E. A. y otros c/ Sternos S.A.", Ed. 162-374.
- [219] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, "Manual de Sociedades Comerciales", La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 671.
- [220] Si bien la doctrina no es uniforme respecto de otorgar la posibilidad de ejercer el derecho de receso ante el aumento de capital, sostengo que en tal caso debe permitirse tal derecho al accionista. Los mismos deben estar protegidos por normas e instituciones jurídicas, teniendo la posibilidad de "salir" del negocio societario cuando sus intereses puedan verse disminuidos. En el mismo sentido, Balbín, Sebastián, "Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales", Ed. Ad Hoc, 2010, p. 630. En sentido contrario, NISSEN sostiene que sólo en los supuestos de aumento de capital superior al quíntuplo, y siempre que esté previsto en el estatuto, los accionistas tienen derecho a receso.
- [221] NISSEN, Ricardo A., "Aumento del capital social y orden público comprometido (A propósito del fallo "Abrecht, Pablo A. y otro contra Cacique Camping S. A.")", LA LEY 1997-A , 1022. En sentido contrario, ROITMAN, sostiene que en principio la decisión de aumentar el capital social no es cuestionable judicialmente, salvo supuestos de arbitrariedad. El mismo manifiesta que salvando los casos de arbitrariedad o irrazonabilidad dañosa, "únicamente la infracción al procedimiento legal y estatutario previsto para aumentar el capital dará lugar a la estimación de la impugnación de la decisión asamblearia de aumento de capital. De lo contrario los tribunales se convertirían en instancia revisora de los fundamentos políticos, económicos y financieros de los actos adoptados por la sociedad (...)". ROITMAN, Horacio,

AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 666.

[222] En otro fallo dictado con anterioridad "Pereda Rafael c. Pampagro S.A. sobre sumario", la CNCom., Sala D, sostuvo que dejando a salvo supuestos excepcionales de arbitrariedad manifiesta o irracionalidad dañosa, las decisiones asamblearias que resuelven aumentar el capital de la compañía, quedan fuera de la revisión del Poder Judicial. La misma Cámara, unos años mas tarde -1996-, en el fallo “Abrecht, Pablo A. y otro contra Cacique Camping S. A “, sostuvo que lo patrimonial no es siempre ajeno al concepto de orden público, por lo que la defensa en sede judicial es procedente. NISSEN, Ricardo A., “Aumento del capital social y orden público comprometido (A propósito del fallo “Abrecht, Pablo A. y otro contra Cacique Camping S. A.”)”, LA LEY 1997-A , 1022.

[223] Como bien adelantamos en el capítulo referido a las acciones, las mismas, conforme ley 24.587, sólo pueden ser nominativas no endosables, por lo que sólo nos referiremos a su transferencia.

[224] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 728.

[225] VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, p. 677.

[226] VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, p. 684.

[227] BALBÍN, Sebastián, “Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales”, Ed. Ad Hoc, 2010, p. 630. VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Tomo 2, p. 684.

[228] NISSEN, Ricardo A., “Curso de Derecho Societario”, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 420.

[229] CNCom, Sala D, “Recupero Energético S.A. C/ Camuzzi Gas Pampeana S.A. y otros”, 15/02/2007, LA LEY 07/05/2007, AR/JUR/143/2007. Del voto del Dr. Heredia se sostiene que: “(...) cuando el convenio no está incorporado al estatuto, sino que resulta de un acuerdo privado entre accionistas, constituye un pacto para-societario válido entre las partes, pero inoponible respecto de la sociedad y de terceros (...) sólo sería oponible respecto de terceros cuando ellos hubieran conocido la existencia del convenio (...)”.

[230] Sería directa la cláusula limitativa que dispone sin más la prohibición de transmitir las acciones; e indirectas aquellas que disponen por ejemplo que para transferir las acciones se requerirá conformidad unánime de la asamblea. ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 729.

[231] SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., “Sociedades Anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables.”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 206 y sgtes.

[232] ROITMAN, Horacio, AGUIRRE Hugo, CHIAVASSA Eduardo, “Manual de Sociedades Comerciales”, La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 729; SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., “Sociedades Anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables.”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 206 y sgtes.

[233] HALPERÍN, Isaac, “Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones”, LA LEY 4 , 427. Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III , 185.

[234] “El derecho de preferencia en beneficio de la sociedad sólo podrá ser ejercido en cuanto los dineros con que se adquieren esas acciones provienen de beneficios acumulados que exceden de las reservas legales, es decir en cuanto la adquisición no importe una reducción más o menos disfrazada del capital, y una violación de la prohibición legal (art. 343, cód. de comercio).” HALPERÍN, Isaac, “Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones”, LA LEY 4 , 427. Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III ,

185.

[235] HALPERÍN, Isaac, “Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones”, LA LEY 4 , 427. Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales Tomo III , 185.

[236] “La extinción de una sociedad no se lleva a cabo de modo repentino, espontáneo, o en acto único, sino que, como en el proceso formativo, tiene que recorrer un iter extintivo, aunque en este último caso se persigue el desarme patrimonial y no la formación de capital; por ello, es necesario el cumplimiento escalonado de etapas temporales y sucesivas, conexas entre sí por razón de causalidad, las que pueden comprender cuatro operaciones: 1) la disolución; 2) la liquidación del patrimonio social; 3) la partición del remanente entre los asociados y 4) la extinción propiamente dicha, cuando desaparece el patrimonio social.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Angorissima S.R.L. c. Helou, Alberto Daniel”, 30/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/21578/2010

[237] Se ha sostenido que la disolución es: a) un acto o hecho - SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., “Sociedades Anónimas. Constitución, Modificación y Extinción.” Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 310-; b) un estado jurídico, o c) un momento de la vida de la sociedad o condición necesaria para la apertura de otra etapa. -ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 249. En el mismo sentido, FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 520.-.

[238] “(...) no es propiamente una situación o estado jurídico, sino un prius de relaciones - jurídicas- que consiste en el “acaecer de uno de los determinados supuestos que la ley o el contrato prevén: se trata del presupuesto o condición para la apertura de un procedimiento, ya sea éste de reorganización o de liquidación.” FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 520.

[239] Considero que ninguna causal de disolución hace producir la disolución de la sociedad automáticamente o de pleno derecho. En todos los casos, se necesita una reunión de accionistas -art. 235 LSC- que constaten la causal y manifiesten su voluntad al respecto, decidiendo así su reestructuración o liquidación. En el mismo sentido, doctrinarios como RANGUGNI, y CÁMARA, sostienen que las causales de disolución deben ser reconocidas y declaradas como tales para surtir plenos efectos. RANGUGNI, Diego, E., “Disolución, liquidación y extinción societaria”, LA LEY, 1999-C,394; CÁMARA, Héctor, “Efectos de la quiebra sobre sociedades comerciales”, Buenos Aires, RDCO año 15, números 85 a 90, p. 352.

[240] HALPERÍN Isaac; Julio César OTAEGUI, “Sociedades Anónimas”, Ed. Depalma, 2 edición, Bs. As., 1998, concibió a la sociedad como el fin de la actuación activa de la sociedad que requiere de su declaración.

[241] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 537.

[242] ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada.” La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 402.

[243] Si bien ciertos autores como ZALDIVAR sostienen que el objeto se modifica, no estoy de acuerdo, ya que el objeto de lucro se suspende en toda la etapa final, reactivándose en el momento en que la asamblea decide la reestructuración. ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 250.

[244] ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada.” La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 401. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Angorissima S.R.L. c. Helou, Alberto Daniel”, 30/04/2010, La Ley Online,

AR/JUR/21578/2010, sostuvo que “La disolución no sitúa a la sociedad como irregular, puesto que subsiste el mismo sujeto de derecho, pero con personalidad precaria y reducida y el vencimiento del plazo de duración no importa la aplicación de las normas procedimentales de administración o liquidación propias de las sociedades no constituidas regularmente, sino que rigen las propias del tipo social respectivo y, por tanto, las de disolución y responsabilidad previstas, ya que lo que sucede es que se genera una responsabilidad solidaria de los administradores para con los terceros y los socios, de conformidad con el art. 56 LS, manteniendo los efectos del tipo societario (en tal sentido, CNCom., esta Sala, in re, “H. Lomlondjian y Compañía SRL s. quiebra”, del 06/12/04). Es que, la personalidad de la sociedad en liquidación se mantiene, importando ello la identidad del ente antes y después de la disolución, hasta consumarse el fin del contrato con la cancelación de la inscripción (art. 112 LS). (...) Como es sabido, la disolución finaliza la plenitud jurídica de la sociedad por el advenimiento de alguna de las causales previstas en la norma. Dicha disolución es un momento en la vida del ente que apareja las siguientes consecuencias: (i) conservación de la personalidad al sólo efecto de proceder a su liquidación, (ii) modificación del objeto y, (iii) cambio en el régimen de las relaciones internas. En otros términos, se mantiene la personería jurídica, pero con la capacidad limitada a la concreción de actos liquidatorios.”

[245] SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., “Sociedades Anónimas. Constitución, Modificación y Extinción.” Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 311 y sgtes.

[246] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 541.

[247] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 520.

[248] HALPERÍN, Isaac; BUTTY, E. “Curso de derecho comercial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 842.

[249] ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 250.

[250] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 537.

[251] NISSEN ha criticado, con razón, el vocablo utilizado al decir que “ (...) lo verdaderamente trascendente, a los fines disolutorios, es la pérdida del patrimonio social, entendido como el conjunto de bienes con los cuales la sociedad podrá hacer frente a sus deudas”. NISSEN, Ricardo, “Ley de Sociedades Comerciales”, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1997, p. 425.

[252] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, “Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 526. En el mismo sentido, ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 266. ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada.” La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 425.

[253] SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., “Sociedades Anónimas. Constitución, Modificación y Extinción.” Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 328.

[254] “ (...) la pérdida debe surgir del balance de la sociedad. (...) la contabilidad social es una unidad y no un conjunto de cuentas u operaciones aisladamente consideradas, unidad que se concreta en el balance, o sea, en el instrumento que permite medir el real patrimonio de la sociedad por comparación entre los valores del activo y del pasivo.”

[255] ROITMAN, Horacio, “Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada.” La Ley,

Buenos Aires, Tomo II, p. 427.

[256] ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 427

[257] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, "Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 526. ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 515.

[258] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, "Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 526

[259] Juzg. Nacional de Primera Instancia en lo Com. Del Reg. De la Capital Federal, 26 de junio de 1980, Publicado en LL, 1980-C-446: "la restricción del objeto social de la sociedad disuelta y su liquidación a los actos liquidatorios, importa la prohibición a los liquidadores y a la sociedad a exorbitar la liquidación por actos aislados: pero ello no excluye decisiones que, con carácter genérico, restituyan el objeto a su plenitud, como son las tendencias a la "reactivación", "reconstitución", o "revocación" de la resolución, todo lo cual se ordena, en definitiva, a la vigencia del principio de conservación de la sociedad."

[260] SASOT BETES, Miguel A.; SASOT Miguel P., "Sociedades Anónimas. Constitución, Modificación y Extinción." Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 351.

[261] ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 616.

[262] En sentido contrario, ROITMAN afirma que "La cancelación de la inscripción produce la extinción de la personalidad jurídica, que había nacido con la inscripción del contrato social y que se mantenía después de la disolución a los efectos liquidatorios, concluyendo así definitivamente el iter extintivo" ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 617.

[263] MACAGNO, Ariel Alejandro, "Reinscripción de la sociedad una vez cancelada la matrícula: justicia o derecho?, LLC 2000, 881.

[264] MACAGNO, Ariel Alejandro, "Reinscripción de la sociedad una vez cancelada la matrícula: justicia o derecho?, LLC 2000, 881. En sentido contrario, Roitman sostiene que "Resaltamos que estas circunstancias no hacen renacer la sociedad, por lo que los acreedores pueden accionar contra los socios o el liquidador en su caso, pero no prosperará la acción cuando sea entablada contra la sociedad puesto que la misma se encuentra extinguida" ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 621

[265] FERNANDEZ, L. Raymundo, GÓMEZ LEO, Osvaldo R., BALBÍN, Sebastián, "Tratado Teórico- Práctico de Derecho Comercial", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo V-A, p. 526. "Luego de producida la cancelación registral de la sociedad, por más que la sociedad haya dejado de existir, los acreedores sociales que no hayan visto satisfechas sus acreencias podrán hacer efectivo sus créditos contra los socios, hasta la concurrencia de lo percibido por éstos en la liquidación de la sociedad (...) en las sociedades en la que los socios limitan su responsabilidad, lo será hasta el límite de lo que hubieren percibido. ROITMAN, Horacio, "Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada." La Ley, Buenos Aires, Tomo II, p. 619.

[266] Si bien el art 15 dispone de un modo un tanto confuso que "Los acreedores del fiduciario podrán ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos y subrogarse en sus derechos", debe interpretarse de manera que los acreedores del o los beneficiarios solamente pueden ejercer sus derechos sobre los frutos de los bienes fideicomitidos cuando éstos constituyan la prestación realmente debida al o los beneficiarios. HUERTAS BURAGLIA, Laura, "El fideicomiso de garantía: características y

ventajas” en CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo (Dir), “El fideicomiso de garantía”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008.

[267] CARREGAL, Mario A.; “Fideicomiso. Teoría y Aplicación a los negocios”, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 206.

[268] AICEGA, María Valentina, “Fideicomiso y cumplimiento de la sindicación de acciones” en “Estudios de Derecho Comercial Moderno”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 158.

[269] Según mi opinión, “El capital social fue concebido como contrapartida necesaria de la limitación de la responsabilidad (...) el legislador consideró necesaria la formación y el mantenimiento de un “colchón” de capital indisponible por los socios, en garantía de los legítimos intereses de dichos acreedores” MANÓVIL, Ezequiel, “El capital en las sociedades anónimas. Un análisis económico”, La Ley 2010-A, 585. Nissen considera que la limitación de la responsabilidad es una ventaja otorgada a las sociedades constituidas y suficientemente capitalizada. Afirma en tal sentido que “(...) la limitación sólo encuentra fundamento en la existencia de un capital social adecuado a las necesidades y al giro comercial de la empresa (...)” NISSEN, Ricardo A., “El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas”, La Ley, 2003-F 1142, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, Tomo II, P. 289.

[270] ZALDIVAR considera que la limitación de la responsabilidad es una característica de las sociedades regulares, no del régimen de la personalidad societaria. ZALDIVAR, Enrique, “Cuadernos de Derecho Societario”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, Volumen I, p. 152.

[271] Si bien muchos observarán lo manifestado, opinando que debí decir “no teniendo mas límites que los bienes que componen su capital”, no considero que ello sea correcto. Como exprese en el Capítulo del capital social y de sus funciones, no creo que el mismo cumpla la función de garantía respecto de terceros, aunque si lo creo respecto del patrimonio.

[272] VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada”, Ed. Astrea, Tomo 2, p. 317.

[273] A efectos de no extenderme en la redacción del presente trabajo, solo referiré que el art. 54 in fine dispone que los socios que hubieren constituido sociedades o realicen actividades utilizando a la sociedad como medio para violar la ley, el orden público la buena fe o para frustrar derechos de terceros, serán solidaria e ilimitadamente responsables por los daños que causaren. Se trata de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica o corrimiento del velo societario, mediante la cual no se tiene en cuenta al ente social y se hace responsable directamente a sus socios. VERÓN, Alberto Víctor, “Sociedades Comerciales. Ley 19.550. Comentada, Anotada y Concordada”, Ed. Astrea, Tomo 2, p. 317. En el mismo sentido, NISSEN, sostiene que la ventaja de la limitación de la responsabilidad se mantendrá vigente siempre que la sociedad no haya sido constituida con abuso de derecho conforme lo dispone el art. 1071 Cód. Civil, haciendo aplicables asimismo los arts. 19 de la LSC -para el supuesto de sociedades que con algún grado de permanencia actúen ilegítimamente- y art. 54 in fine -para supuestos de actuaciones ilegítimas aisladas-, según su opinión. NISSEN, Ricardo A., “El principio de la limitación de la responsabilidad de los socios o accionistas”, La Ley, 2003-F 1142, Derecho Comercial Sociedades Doctrinas Esenciales, Tomo II, P. 289.