

Sociedad y garantía

Ernesto Simonetto*

Traducción de Jorge Barrera Graf y Francisco Villalón Esquerro

Sobre la misma denominación de estas formas sociales y en particular sobre la sociedad en nombre colectivo, se cierne un equívoco que deriva de la perspectiva civilista de la naturaleza jurídica de la garantía personal, enfoque defectuoso que necesita rectificarse desde su base, sin lo cual es imposible comprender la naturaleza jurídica misma de la sociedad de personas, su distinta fundamentación respecto de la sociedad de capitales, así como el mecanismo de funcionamiento de la misma.

Se dice que, en general, las sociedades de personas son sociedades de responsabilidad ilimitada,¹ y como tales se contraponen a las sociedades de responsabilidad limitada, fundándose sobre aquella característica el elemento de demarcación de las dos categorías jurídicas fundamentales, es decir, sobre la responsabilidad limitada o ilimitada, sobre la ilimitación o limitación de su responsabilidad.

En realidad, la perspectiva de esta distinción es tanto más equívoca y errónea cuanto que subraya la responsabilidad, o sea, la subjección a la sanción, de la cual habla el artículo 2740 del Código Civil, que impone al deudor la responsabilidad personal e ilimitada sobre los bienes propios, presentes y futuros, bajo la tutela del acreedor.

La norma del artículo 2740 se ocupa de la responsabilidad y, por lo mismo, constituye un firme punto de partida desde el cual se analiza (y regula) la subjección del deudor por medio de la sanción por la falta de cumplimiento de sus deberes frente al acreedor, que se actualiza precisamente al ocurrir el incumplimiento, pero que asiste al acreedor desde el nacimiento de su relación a causa de sus pretensiones frente al obligado.

En la sociedad, al contrario, aunque exista un sentido análogo, es decir, la responsabilidad de los socios por las obligaciones comunes contratadas en interés de todos, por consiguiente, sujetas a la responsabilidad de todos a los que compete el deber jurídico de cumplir a favor del acreedor, como tutela de su derecho tenemos que considerarla y debemos hacerlo como algo profundamente distinto.

La sociedad es un instrumento operativo jurídico que sirve para revestir el ejercicio de la empresa común y, asimismo, para operar en común, producir y establecer siempre en común una vasta red de relaciones jurídicas destinadas a obtener la utilidad social que, por esencia, es divisible (la ley establece la nulidad del

* Profesor de la Universidad de Padua, Italia.

¹ Hablando con todo rigor todas las sociedades son de responsabilidad ilimitada, dado que responden ilimitadamente de sus obligaciones con todos sus bienes. Aquí de lo que tratamos es de la responsabilidad del socio.

pacto, llamado leonino, según el cual uno o más socios son excluidos de las utilidades y de su reparto).

Ante tal conjunto, más o menos conspicuo de operaciones realizadas bajo el nombre común, la responsabilidad se mantiene al margen, porque es la parte terminal, no auspiciada o prevista originalmente y en todo caso, es consecuencia de otras cosas más importantes que —éstas sí— tienen un carácter productivo y una función de producción como medios esenciales asignados por la ley, a cargo de los socios, en la sociedad de personas, para poder producir el interés común en vista del cual la sociedad ha sido constituida y opera.

El elemento central que caracteriza a la sociedad personal y que constituye la línea de demarcación entre las sociedades llamadas de responsabilidad ilimitada y la sociedad de responsabilidad limitada (S de R.L.), es precisamente la garantía ilimitada (o limitada) que los socios deben constituir a favor de la sociedad para proporcionarle los medios operativos; es decir, el centro lógico del fondo común operativo, aquello que constituye el sustituto del capital de la sociedad de capitales y que representa el mecanismo operativo sobre el cual la categoría se funda y que la distingue esencialmente; que no es tanto la responsabilidad, elemento consecuencial y apéndice lógico del principal: se trata de la *garantía patrimonial*, que permite que la sociedad opere con terceros y fundar la seguridad y el crédito (fiducia) de los terceros, quienes basándose sobre ellas darán a la sociedad el crédito, los medios operativos y los bienes y servicios que necesite.

El equívoco tiene un origen civilista: se encuentra en la falta de una calificación exacta por parte de los civilistas sobre la fianza, que representa el arquetipo de la garantía ilimitada de las obligaciones del socio en la sociedad de personas. La naturaleza jurídica de la garantía del socio y de la prestación correspondiente —siempre en las sociedades de personas— es precisamente la garantía, medio operativo de primordial importancia en el mundo moderno, sin lo cual no se puede concebir operatividad sin garantía.

Esta última — que en términos bancarios es llamada “fe” o “confianza” — es algo que todos poseen en mayor o menor grado y que sirve para obtener crédito ante aquellos que entran en relación de negocios y con el público en general; es el crédito del que “goza” cada particular. Se habla de goce como si se tratara — y en efecto se trata — de un bien económico verdadero y propio y, por lo mismo, jurídico. En efecto, es absolutamente imposible que un bien económico no sea calificable de acuerdo con el derecho correspondiente a su naturaleza “jurídica”. Si por ventura existiera una imposibilidad de los esquemas jurídicos para hacer entrar en ellos un determinado bien calificable *exclusivamente* como económico, no hay duda de que se provocaría un vacío inexplicable, una carencia increíblemente enorme, como en nuestro caso, de los esquemas jurídicos, que se revelarían como (todavía) atrasados. Se mostraría la presencia de un “agujero” en el ordenamiento, lo que no puede ser posible dada la omnicomprensibilidad del ordenamiento.

Especialmente, un elemento de tanta importancia en la economía no podría escapar a la calificación jurídica sin que surgiera la necesidad absoluta de llenar la laguna misma, sin producir enormes consecuencias en perjuicio de los coasociados que son los beneficiarios en el ordenamiento jurídico, los cuales necesitan forzosa-mente tal calificación para exigir, y respectivamente defenderse, dado que no puede

dejarse de resolver una situación jurídica, aunque sea en sentido lato, a pesar de no pertenecer a las categorías tradicionales del derecho subjetivo y del deber, categorías bastante útiles y constructivas mientras no se pretenda ver en ellas una calificación exclusiva de toda situación relevante para el ordenamiento jurídico, lo que les daría una importancia excesiva y, sobre todo, reduciría a la nada el restante ordenamiento en su extrema complejidad.

No quisiéramos que nuestro razonamiento fuera mal interpretado; es decir, que fuera considerado como un razonamiento dirigido a excluir la importancia de la responsabilidad del socio por las obligaciones sociales, y a favor, por una parte, de la sociedad y por la otra de los acreedores sociales, que sobre esta responsabilidad pueden contar cuando aquélla sirva para cubrir sus situaciones crediticias. En realidad, sucede lo contrario, que la responsabilidad es la parte terminal de la relación *solamente eventual*, para que sin ser actual y necesaria, explica sus efectos únicamente cuando termina la relación, y sólo en tanto que el patrimonio social no baste para satisfacer los créditos sociales.

Generalmente — y esto es siempre lo más probable —, la sociedad nace sin deuda alguna y, por lo mismo, sin que los acreedores necesiten hacer exigible responsabilidad alguna de los socios.

Por ello, los acreedores pueden, en su origen, estar ausentes del todo y, por lo mismo, no tener a su disposición responsabilidad alguna del socio, ya que es indispensable que se planteen las obligaciones respectivas antes de hacerlos responsables.

La inexistencia inicial (y por mayor razón la sucesiva) de los acreedores implica que no haya crédito alguno, vale decir, que no se produzca en lo absoluto la situación de sujeción que existe bajo el nombre de responsabilidad patrimonial del socio (del deudor).

La sociedad, sin embargo, por el solo hecho de empezar a existir, tiene en su patrimonio aspectos (orgánicos) y operativos con los que se presenta a los acreedores y al público con una cierta “fe”, confiabilidad, confianza o credibilidad económica.

Esta última entidad económico-jurídica es la *garantía* patrimonial con la que la sociedad se presenta al público y a sus acreedores actuales y potenciales.

La sociedad puede operar en el mundo económico aun sin tener un capital a su disposición, en cuanto que éste tiene un valor económico perfectamente calculable y determinable en su consistencia y podría decirse en su “peso”: se trata del valor y medida de los patrimonios de los socios que asisten a la sociedad desde su inicio, con la importancia económica adecuada para que pueda operar.

La sociedad opera desde su inicio, pudiendo contar — y, por ello, teniendo a su disposición — no sólo su patrimonio, sino además de éste, el valor conjunto de los patrimonios de los socios, quienes, física y económicamente presentes, constituyen el medio operativo y la sustancia económico-jurídica de apoyo a las operaciones sociales mismas.

Esta garantía no es sólo potencial en cuanto que apoya a la sociedad y hace posible sus operaciones desde el inicio, presentándola ante los acreedores y el público; es evidentemente actual y fundamental, por permitir que la sociedad misma viva, que sin dicha garantía construiría sus cimientos sobre arena y estaría paralizada en la impotencia de la indigencia.

La sociedad, por ello, “pesa” tanto como todos los patrimonios de los socios que

la socorren en su operabilidad inicial y en sus operaciones concretas que siguen al inicio de la actividad empresarial.

Por ello — si se quiere dar calificaciones que se acerquen lo más posible a la verdad y a la sustancia económico social operativa, así como a las funciones de la sociedad y de su patrimonio — es indispensable, mejor que hablar de sociedad, hablar de la responsabilidad de la sociedad, de garantía ilimitada o limitada.

Se puede objetar y de hecho se ha objetado, tratándose de la formulación del régimen de la sociedad de responsabilidad *limitada*, que ésta, en realidad, limita la responsabilidad de los socios, pero ofrece en garantía de los acreedores sociales la totalidad de su patrimonio, que puede ser más importante que la suma total de las aportaciones iniciales. Se podría decir, entonces, que también la sociedad de responsabilidad limitada es en realidad de garantía ilimitada, porque ofrece en garantía a los acreedores sociales todos sus bienes, es decir, su patrimonio personal íntegro.

La misma sociedad de responsabilidad ilimitada es garantía limitada, en tanto que no hay nada ilimitado en este mundo: de aquí que la sociedad sea siempre de responsabilidad y de garantía limitada.

Pero se trata de teorizaciones que no tienen el suficiente sentido de la realidad investigada para darse cuenta “de la mosca en la sopa” (*pelo noll'uovo*), en cuanto que cuando se habla de responsabilidad y garantía ilimitada y de responsabilidad limitada, se pretende dar a entender que el socio, en las sociedades de capitales, limita al capital aportado su responsabilidad-garantía máxima por las obligaciones sociales, por lo que aunque la sociedad esté en estado de insolvencia no puede el socio resentir daño alguno en su patrimonio.

Cuando se habla de garantía y de responsabilidad limitada se alude a aquella que está representada por el patrimonio inicialmente constituido en torno a las aportaciones de capital de los socios, al que el socio limita su garantía patrimonial, indicando exactamente en el balance del ejercicio, en las actas y en la correspondencia y, en un principio, en el acta constitutiva, la cifra del capital social, el que mediante un mecanismo adecuado de publicidad, en relación con la garantía, exterioriza y pone en evidencia el monto de ella, salvo en los casos de incrementos iniciales o posteriores (reservas legales, o estatutarias o facultativas).

Volviendo a nuestro argumento inicial, debe subrayarse que es mucho mejor y más correcto hablar de la limitación o ilimitación de la garantía, que de la limitación o ilimitación de la responsabilidad. La garantía es una constante, la responsabilidad sólo es una eventualidad destinada a operar cuando termina la relación, en caso de sucesos desfavorables dentro de las operaciones sociales.

La naturaleza jurídica de las dos prestaciones, que en la fianza es siempre la misma, varía, sin embargo, en la actitud y la dirección de las prestaciones: éstas residen en el hecho de que siempre es la sociedad la que recibe crédito del socio y, por ello, ve incrementado tanto su patrimonio por ese otro concepto, como principalmente, su propia operabilidad externa, como efecto directo de la seguridad adquirida de sus socios (especialmente de socios distintos de aquellos que asumen pérdidas en una cierta medida que se establece).

La naturaleza jurídica es idéntica a la de la fianza y a la de la aportación de crédito, entendidas como sujeción a las pérdidas del patrimonio del garante en beneficio de socios distintos de él: la posición de los socios es la misma que la de aquel acreedor

garantizado por la fianza, en cuanto que ven recaer sobre el garante el resultado infausto de la operación en caso de pérdida; del mismo modo que el acreedor garantizado con una fianza es auxiliado por el garante de su pérdida eventualmente posible y el consecuente decrecimiento patrimonial.

Del mismo modo, la garantía incide directamente sobre el patrimonio del garante justamente al momento de la prestación de la garantía, como un factor que no disminuye sino que aumenta el valor del patrimonio del deudor; que en el caso, es la sociedad con un patrimonio autónomo y como un ente instrumental destinado a la producción.

La naturaleza jurídica es, en suma, la misma de la fianza y, en nuestro supuesto, la responsabilidad — garantía frente a los acreedores sociales: salvo que la dirección es diferente, por lo que la garantía de las obligaciones sociales, frente a los acreedores de la sociedad, se proyecta externamente, en tanto que la garantía por pérdidas se produce en el ámbito interno de la comunidad de los socios.

Con la identidad de su naturaleza jurídica y acaso con la diversidad de dirección en que opera, también se aclaran las posturas que asume la regulación de la misma relación, que por analogía se asimila al negocio típico que corresponda; de la misma manera que se asimila la regulación de cualquier especie de aportación a la constitución de la sociedad.

Sin cerciorarse y sin ubicar la naturaleza jurídica de las prestaciones correspondientes, resulta incomprensible la distribución de las cargas y la misma función de la equivalencia entre el dar y el haber patrimonial del socio respecto a la colectividad.

Incluso en la responsabilidad interna es evidente que carece de importancia la cuota abstracta de responsabilidad asignada al socio, o sea, de su gravamen, sino que, más bien, es importante aquella que en concreto pesa sobre él y que, dependiendo de su solvencia patrimonial, está destinada a gravarlo y lo convierte en una víctima posible de sus acreedores, quizás, sin que de hecho, pueda ejercer exitosamente recursos internos, en virtud de la insuficiencia patrimonial de los otros socios, que deberían asumir su propia parte de responsabilidad tanto externa como internamente.

Profundizando en la naturaleza jurídica del contrato de fianza y de la prestación relativa, las nuevas doctrinas están de acuerdo en superar definitivamente el obstáculo proveniente de la doctrina jurídica civilista, que todavía no era precisa al respecto; o sea, que dado que la prestación de la garantía personal del socio no aparece clara en la estructura de la sociedad personal, con consecuencias muy graves no sólo desde el punto de vista “teórico” de la falta de comprensión, del enfoque y de la estructura diversa semejantes sustancialmente, por un lado, y por el otro complementaria en ciertos aspectos, desde el punto de vista de la contraposición entre la sociedad de personas y la sociedad de capitales.

Sin una precisa aclaración, que no deje en lo absoluto lugar a dudas, sobre la naturaleza jurídica de la garantía personal, fiadora, por así decirlo, del socio, en las sociedades personales, responsable personalmente de las obligaciones sociales, de hecho es imposible comprender y valorar correctamente, no sólo la naturaleza jurídica de la prestación *fiadora* del socio, sino y más aún, la exacta comprensión de la sociedad personal desde el punto de vista económico y jurídico, interno y externo, sin que tampoco se puedan perfilar las características individualizadoras propias de la categoría.

Como veremos, la característica peculiar de las dos categorías de sociedades se enfoca propiamente sobre esa diversidad de las prestaciones clave, y por consiguiente, sobre la diversidad de la misma organización externa e interna de las dos categorías; lo que inclusive influye en las relaciones externas de la sociedad y de sus socios con los terceros que han contratado con una sociedad personal.

Sobre la base de la doctrina civilista precedente cualquier cultor del Derecho comercial llega a devaluar o directamente a omitir esta prestación clave sobre la cual se funda la disciplina y aun, con anterioridad, la existencia misma de la categoría de sociedades que nos ocupa, considerándola como inexistente, tanto en sentido económico como en sentido técnico-jurídico, como un *no valor* y por tanto, como una *no prestación*, contra la evidencia del tráfico de las relaciones comerciales en general, así como de la experiencia bancaria en particular.

Esta última, fundada en la equivalencia entre dar y garantizar, reconocida por la misma ley positiva en el artículo 1843 (utilización del crédito), no se consideraba como fuente de un rico señalamiento sobre nuestra disciplina, en la cual acaso sea necesario atesorar los señalamientos provenientes de otras materias, ya que la de carácter societario es múltiple y compleja, debiéndose, en el caso de la sociedad, hacer confluír las prestaciones típicas de muchos otros contratos en la formación del patrimonio común destinado a hacer posible la consecución del objeto social (v. artículo 2254 y ss.).

Se puede anticipar ahora que la ecuación de equivalencia, tan familiar a los banqueros, entre el dar y el garantizar, se traduce sin más en la equivalencia *entre el capital* (dar) y el *sólo garantizar* (compromiso personal del socio); o sea, la garantía personal del socio por las obligaciones sociales es parte esencial y cualificante del patrimonio de estas sociedades, a diferencia y al contrario de la sociedad de capitales, en la cual, en cambio, la responsabilidad-garantía del socio se encuentra limitada a su aportación, efectuada total o parcialmente al capital (excluyendo, obviamente, el sobreprecio).

Profundizando un poco más sobre la naturaleza jurídica de la prestación fiadora, nuevas opiniones doctrinales aceptan superar definitivamente el obstáculo proveniente de la doctrina civilista (obstáculo consistente en omitir en el patrimonio de la sociedad el considerar la garantía constituida por la responsabilidad), que aún no discierne correctamente, la garantía de los socios para con las obligaciones sociales, y el gran valor que esto representa. Esta laguna marca los límites de la visión de la doctrina fundada sobre la tradicional infravaloración, o directa obliteración de la misma garantía personal, como si no aumentaran los medios operativos sociales y el patrimonio común. La omisión tradicional se debió a la perspectiva civilista que ignoró la prestación típica y causalmente central de la fianza, o sea, que considerara la garantía patrimonial ofrecida al deudor. En la actualidad, en cuanto que la prestación típica de la fianza y de la garantía patrimonial están siendo examinadas cuidadosamente unidas (*funditus*), se revela como una prestación de enorme valor económico, y como soporte típico de la empresa en la investigación del crédito, vital para las operaciones económicas, comerciales o no, y como prestación típica y esencial que es un supuesto inevitable de la sociedad en nombre colectivo. Fue una laguna tal que desorientó el enfoque doctrinal sobre la figura, dado que dicha prestación típica, esencial y causalmente necesaria de la garantía personal, fue ignorada y sobre todo no fue considerada, no sólo como objeto posible de aportación en la sociedad

(personal), sino como elemento constitutivo esencial del patrimonio de ella, capaz de constituir la base de las operaciones sociales. Garantía y aportación que, por consiguiente, están centradas causalmente en la sociedad de personas.

Debemos darnos cuenta, sin embargo, que sin la sistematización, exacta técnicamente, de la garantía personal ilimitada, resulta imposible percatarse de la situación patrimonial real de la sociedad personal y de sus instrumentos operativos; sin comprender los cuales, por otra parte, resulta imposible la comprensión exacta del elemento interno y externo de la sociedad personal, que se rige, según la explicación apuntada, en el carácter esencial de la garantía personal de los socios.

Mas no es sólo por la consistencia patrimonial y sus medios operativos externos que es esencial la comprensión de la naturaleza jurídica (como de la económica correspondiente) de la garantía personal; también lo es desde el punto de vista de la cuantificación de la aportación, o mejor aún de la serie de aportaciones con que los socios contribuyen al patrimonio común para lograr la consecución del objeto social.

Para valuar el sacrificio y por consiguiente, el valor del socio, aun desde el punto de vista jurídico, es indispensable valorar su aportación respecto a la garantía patrimonial de la empresa social: la parte alícuota de las obligaciones sociales que se comprometió a garantizar al suscribir su cuota.

Más si el monto de garantía que la relación (y primeramente el contrato) absorbe y utiliza es necesario para calcular el valor, es también indispensable tener presente el monto de la garantía que el patrimonio de que se trate está en condiciones de ofrecer, en cuanto que no es utilizable una garantía en cantidad enorme, por ejemplo, oferta y promesa efectuada por una persona que carezca de bienes.

A este respecto son aplicables todas las observaciones que han sido hechas a propósito de la fianza y de la peligrosidad extrema de su exposición al riesgo; peligrosidad que es aumentada a su máxima potencia cuando al garante no le parece claramente qué es lo que está garantizado y mucho menos resulta clara para los "técnicos" la efectiva posición asumida por el garante; en tanto que esa aparentemente inofensiva peligrosidad de la garantía la hace más peligrosa y dañosa. Se requiere, pues, de extrema competencia y cautela, por parte de un juez, para efectuar el control de las circunstancias con base en las cuales se deben juzgar los artificios y engaños con los que algunas veces se atrapa en una sociedad a quien sufre el engaño. Se trata de un mecanismo peligroso y susceptible de facilitar, al máximo, el fraude (*deceptio*) por el aparente carácter inofensivo del contrato.

Es indispensable tener presente que mientras el garante permanece tranquilo y confiado, los otros "socios" operan con su patrimonio, utilizado de tal manera, y expuesto a todo riesgo, con una desaprensión tal como para dejar de pagar las deudas sociales que él ha garantizado y que no deja de garantizar con todo su patrimonio. Esto también se debe a las incertidumbres que reinan en la doctrina y la jurisprudencia.

Sobre la naturaleza del objeto de la garantía se ha dicho que consiste en una situación real — aunque no es un derecho real — que afecta el patrimonio del socio garante, disminuyendo correlativamente su valor.

Se puede decir que la colectividad social "goza" (ello es, de una situación de goce) del patrimonio del socio garante y puede operar utilizándolo.

Ahora bien, en esta situación de garantizar las obligaciones sociales con todos sus bienes, todos los socios se pueden encontrar y en igual medida, en cuanto provistos

de un patrimonio con igual capacidad; como también, es posible que sólo algunos de ellos lo estén, provistos de un patrimonio susceptible de ofrecer garantía por las operaciones sociales, y finalmente pueden encontrarse algunos o todos los socios, en medida diversa, y con la distinta capacidad de garantizar.

De esta manera, pueden darse situaciones de combinación y de acoplamiento del capital-garantía, o de la garantía y de otras aportaciones útiles para la realización del objeto social, de tal manera que se dé al patrimonio común la máxima funcionalidad.

Ha sido subrayada la equivalencia económica y jurídica entre el dar (en préstamo, bienes fungibles como dinero y otros) y el garantizar; equivalencia subrayada por la norma fundamental en materia de apertura de crédito, el artículo 1843; o sea, entre la fianza, el mutuo y contratos afines; en términos sociales, en las dos categorías de sociedades, tal equivalencia económica se traduce en una equivalencia causal, entre dar un capital a la sociedad, o bien, conferir la propia garantía patrimonial, que ofrece a la sociedad como medio operativo esencial y constante el valor de garantía del patrimonio propio. Las otras aportaciones de objetos diversos se sitúan junto al otorgamiento de la garantía, como adicionales de ésta que todos deben prestar (y que prestan automáticamente), y junto a la eventual aportación de capital.

La fungibilidad entre dar y garantizar, o sea, entre aportación de capital y aportación de garantía, vale abstractamente por la semejanza de los problemas que hace surgir y por la semejanza del objeto que cumple la función de productividad con la de garantía. Pero nada más.

Quienes confieren un capital no están exentos de la garantía general y de la personal por las obligaciones sociales, que incumbe a todos los socios, sin excluir a ninguno; por lo cual dicha fungibilidad funciona en sentido único, dada la caracterización de la forma social de la sociedad en nombre colectivo y de las otras sociedades personales: función de la que en las sociedades personales están exentos los socios (funcionando el capital solamente); en cambio, en las sociedades personales, en vez de dicha exención actúa la responsabilidad personal e ilimitada respecto de las obligaciones sociales. Se trata de una prestación esencial y constante, característica indefectible de la forma social, aun bajo el perfil funcional atinente a los medios operativos de dicha forma social.

Una diferencia importante entre las categorías de formas sociales de que se trata radica también en que, mientras el capital es obligatorio (*o mejor dicho, necesario*) y constituye también una carga (*onere*) de la regularidad de la forma en las sociedades de capitales, en ausencia de la responsabilidad personal respecto a las obligaciones sociales, en las sociedades de personas; en cambio — especialmente en la sociedad en nombre colectivo —, la responsabilidad ilimitada y personal respecto de las obligaciones sociales, es un efecto automático y constante del contrato y de la relación social: por el hecho de ser socio se responde automáticamente de las obligaciones sociales de manera ilimitada y solidaria.

La responsabilidad ilimitada y solidaria respecto a las obligaciones sociales es una *aportación* automática y necesaria que adquiere la sociedad del socio como tal; pero que se trate de un efecto automático no significa que se trata de un concepto que siempre constituye una aportación real que incremente la posibilidad operativa de la colectividad social. No se puede decir que, cuando esto acontece, sucede siempre en la misma medida, en cuanto que es diversa la “cantidad” de garantía que cada persona

DOCTRINA

puede (y está en condición de) ofrecer: desde un mínimo casi inexistente en la práctica, por aquel que tenga pocos recursos económicos, hasta un máximo del socio capitalista más poderoso.

Es a este respecto que se pueda crear una desigualdad entre los socios, en cuanto que aquel o aquellos que no ofrecen una garantía efectiva se aprovechen de la garantía de los otros y operen con ella, lo que puede dar lugar a una diferencia en el tratamiento de los socios sobre los cuales no incide en la misma medida el peso de la contribución para las operaciones sociales, a menos de que otras aportaciones restablezcan el equilibrio.

Ahora bien, dado que la sociedad es un contrato con prestaciones recíprocas, las situaciones y los remedios propios de la reciprocidad y de equivalencia de las prestaciones recíprocas de los socios estarán a su disposición y se ejercerán en la misma medida y en las mismas ocasiones en que tal problema se presente en los contratos con prestaciones correspectivas, como hasta el presente se ha afirmado por la doctrina y como se ha resuelto por la jurisprudencia de la Corte de Casación, ya no muy reciente.

Una alusión se debe hacer a lo que, en el contrato típico correspondiente a la garantía personal, se ha calificado como “alteridad” del débito respecto de la garantía, la cual es garantía por obligaciones de otro (esencialmente de otro), dado que nadie puede prestar una garantía personal por un débito propio (no sucede lo mismo con la garantía real, apignoraticia o hipotecaria, que puede muy bien ser prestada por un débito propio, como garantía particular pagadera, inherente a un bien determinado, y a la cual no puede sustraerse el mismo bien); puede también acaecer con las garantías personales que recaen sobre los bienes y sobre el patrimonio del sujeto garante, en cuanto subsistan afectados, y en cuanto subsistan en el momento de que se trate, pero existe la posibilidad de sustraer los bienes a la garantía por medio de su enajenación.

Por ser el de la sociedad un patrimonio autónomo, en el que hacen cabeza “propia” situaciones jurídicas activas y pasivas, se puede decir que la alteridad, necesaria en un sentido lógico más que jurídico, subsiste plenamente.

Sin embargo, vemos que, al menos como tendencia, tal alteridad tiene carácter formal, no sustancial, en cuanto que la sociedad y su patrimonio se caracterizan por su instrumentalidad con respecto al socio, quien ha constituido la sociedad y su patrimonio para alcanzar fines económicos propios y productivos en general.

Pero tal verdad tiene un valor solamente abstracto, no concreto, debido a que, como se manifestó arriba, no todos los patrimonios tienen el mismo valor de garantía, por lo que se puede decir con frecuencia — por no decir siempre — que hay una cierta alteridad, o al menos una cierta cantidad de alteridad, verdadera y propia — también sustancial — cuando el grado de participación es distinto y no igual, como abstracto debería ser, y como se admite en la “definición” general de la sociedad señalada imperativamente en los artículos 2267 y 2291.

En la medida en que existe una responsabilidad-garantía, la garantía relativa no puede ser sino concreta, no abstracta (la garantía abstracta no es garantía más que de nombre y es quizás inexistente); se puede hablar de verdadera alteridad como se habla de alteridad en la fianza (de la deuda garantizada por el fiador) y en cada hipótesis de garantía personal.

La alteridad sustancial, en suma, falta en la medida en que una garantía es prestada

por la cuota propia, y dentro de sus límites; en cambio, existe en la medida en que haya una extragarantía que rebase su cuota y se dé por otros que, por el contrario, no garanticen. Obviamente, si la prestación-aportación hecha por el socio de acuerdo con el contrato social para constituir el patrimonio común es la garantía o la extragarantía, no se puede hablar de alteridad.

La alteridad es importantísima para juzgar la cantidad de prestaciones que el socio debe conferir, o que confiere, a cambio de su participación en los derechos y ventajas sociales, así como para juzgar de la congruencia y equivalencia recíproca de las prestaciones de los socios y de la participación que ha sido asignada a cambio.

Es obvio que la prestación de la garantía personal como base del patrimonio social y como medio de operatividad es difícil de calcular en su valor total.

Debe tenerse en cuenta, además, que como se trata de un patrimonio unitario destinado y aprovechado (utilizado) para las operaciones sociales, es necesario también considerar la mutabilidad del valor relativo asignado a la sociedad. El valor que expresa la solidez patrimonial de una persona puede, en realidad, variar, debido a actos a título gratuito, a título oneroso, a gastos de simple consumo, a garantías personales (fianza, por ejemplo) prestadas por otros, etc., etc. El valor del patrimonio social varía dependiendo de esos hechos, y él la resiente de inmediato.

Las vicisitudes patrimoniales del socio, respecto a las participaciones conferidas como garantía, sobre la que se basa la operabilidad económica de la sociedad, pueden producir también una alteración inmediata de la suerte de ésta; (como, por lo demás, el continuar forzosamente operando, por parte de la sociedad puede reflejarse en una pérdida grave y determinante para el socio que ha arriesgado sus bienes).

A esta variabilidad diremos fisiológica, en cuanto que está ligada al substrato personal de la sociedad, se añade la variabilidad dependiente de las operaciones sociales en sentido estricto. Por esto, la variedad (*divario*) entre la situación patrimonial efectiva y aquella que se desprende del balance de la sociedad personal, que — ligada a la suerte de los socios singulares y del término medio de ellos — es también mucho mayor que en las sociedades de capitales, en las que el balance no refleja dicha variedad, sino razonablemente, y en relación a valoraciones razonadas y presuntivas.

Se debería en rigor (lo que no es requerido) añadir la situación patrimonial de los socios a la de la sociedad, para poder tener un cuadro más fiel, o menos infiel, de la situación social, y por ende, de la situación general o total.

A la garantía patrimonial en sentido estricto, es decir, aquella que refleja el valor del patrimonio de los socios que componen la sociedad, se deben agregar aquellos elementos que aun sin tener carácter directamente patrimonial constituyen frecuentemente, sin embargo, elementos importantes y decisivos respecto a la operabilidad social; como es el caso de un crédito fiduciario, del cual gozan los socios por su personal honorabilidad, capacidad, habilidad en los negocios; por su capacidad coordinada de operar para el bien de la sociedad misma, etc.

Sin embargo, debemos hacer notar que la naturaleza jurídica de estas cualidades personales no puede ser confundida *in genere* con la idoneidad de la garantía, ni con la potencialidad de garantía patrimonial del patrimonio personal del socio, en cuanto que se trata de valores y de entidades insabiles y patrimonialmente difíciles de confrontar, si bien en la práctica globalmente tienen un papel importantísimo considerado en el mercado. Ello, aun si todos estos conceptos se comprenden bajo la voz

“crédito”, como confianza y fiducia de que goza la compañía social y que en razón de tal composición, se distingue de otras. En general la “personalidad” de todos estos elementos está ligada a la presencia de un socio o de algunos socios determinados como participantes.

Debido a esta personalidad estrechísima e individual de las susodichas cualidades, y también de la propia garantía patrimonial, se puede decir que la sociedad personal está estrechamente ligada a la *intuitus personae* como elemento de coherencia y operabilidad.

De allí que no nos parezca sostenible, en virtud de la naturaleza de las cosas como arriba queda dicho, la posibilidad de que en el acto constitutivo de la sociedad se declare libremente transferible la cuota del socio, en cuanto que los socios singulares sean totalmente fungibles, y que sólo haya intercambiabilidad juzgable caso por caso, y sólo que lo convengan los interesados, que son los otros socios y sólo ellos, no obviamente, el socio que pretenda hacer la transferencia.

El socio que transfiere su parte social no tiene interés alguno en la buena marcha de la sociedad: enajena su parte, y su único y exclusivo interés — al menos abstracta y típicamente — es conseguir la máxima retribución por su transferencia, como sucede en todo contrato con prestaciones recíprocas y, en general, en toda enajenación.

Con la enajenación de su porción, dicho socio se desinteresa en ese momento de la sociedad, que esté destinada por virtud de dicha enajenación, a no ser ya “su” sociedad, su empresa, sino empresa de otros, aún constituida y en funcionamiento para obtener la utilidad social, la cual deviene para aquél, *res inter alios acta*, una situación que le es ajena (*res aliena*). En rigor, no se puede hablar de “contrainterés”, es decir, de un interés contrario al de la sociedad, en cuanto dicho socio quiera hacerla fracasar; sino solamente de que su absoluta falta de interés, o sea, que sólo sea su propio interés, en contraste con la causa de la sociedad, la que es un contrato de colaboración, o al menos, un contrato en el que la colaboración ocupa una posición determinante.

Tal desinterés por la *res aliena* no deben juzgarse en la misma medida que el “contrainterés”, precisamente porque la falta de *affectio societatis* (espíritu e interés en la colaboración y en el buen funcionamiento de la cosa que ya no es común), falta el interés de una buena elección en el sentido de honestidad, y falta también capacidad patrimonial que contribuya a la buena marcha de los asuntos sociales con el volumen de garantía aportado; inclusive, faltan intereses relativos a la homogeneidad personal, en el sentido de operabilidad social, de eficiencia, de la convivencia necesaria para la sociedad misma, y para que sea posible su funcionamiento. No se olvide que según una antigua y sabia tradición, la sociedad se equiparaba a la familia, y la relación social se consideraba cercana a la relación familiar.

No en balde todavía se habla de *affectio societatis*, expresión aún no superada a pesar de la llamada “comercialización”, en cuanto que toda empresa colectiva requiere cohesión entre los miembros titulares de las “participaciones” — que son también y sobre todo participantes en la formación de la voluntad común (elemento esencial de la sociedad, que la distingue de relaciones aparentemente análogas): operabilidad, espíritu de comunidad, analogía de intenciones y de decisiones, voluntad de contribuir al (buen) destino común, etc., etc., sin cuyas características la sociedad se convertiría en una multitud de sujetos cuyo operar individual sería

discordante y terminaría por sabotear a la comunidad social, con su discordia, incomunicabilidad y falta de cooperación.

La absoluta incompatibilidad — en el caso de la (eventual) aceptación del nuevo socio — que tiene el voto del socio (exsocio) enajenante de su participación social, se desprende con certeza de los principios generales que constituyen el centro causal de la sociedad (comunidad de fines, etc.), y está también textualmente fundada, no tanto por analogía, cuanto por una interpretación extensiva de las reglas vigentes en materia de disolución de la participación social correspondiente al socio.

Es pertinente invocar aquí el Artículo 2286, que se refiere a la exclusión de un socio, regla que altera la composición del sustrato personal de la sociedad. De esta manera, la misma regla es aplicable al socio, en cuanto que por una parte, su sola presencia es una manifestación del sustrato personal y, por otra, es elemento del acto constitutivo (por lo que, mudando el socio, muda la sociedad, sin lugar a dudas, sustancial y seriamente, en un sentido o en otro) se aplica *a fortiori* a la enajenación-cambio del socio en cuanto que la exclusión es ciertamente menos grave, ya que libera a los socios restantes de un participante indeseable, mientras que el ingreso de otra persona cambia en un grado diverso, pero siempre esencial, la operabilidad y el modo concreto de operar de la sociedad.

Cuán infungible sea la persona física, resulta también textualmente del Artículo 2284, que aunque regula la sucesión por muerte del socio, se refiere a la sucesión en un ámbito familiar, o de alguna manera cercano, a ese ámbito, que pueda ser garantía de una “menor infungibilidad”; la sucesión en la participación debe ser aceptada por todos los socios a excepción del sucesor *mortis causa*. La sucesión efectiva está subordinada al consenso general precisamente por la importancia que tiene y por la situación que la sucesión impone al sucesor, al resto de los socios y a la sociedad como colectividad organizada.

La prosperidad o el fracaso de la sociedad son, sobre todo, efecto de las personas y de las cualidades personales de los socios participantes, así como efecto de la combinación de las diversas personas que colaboran en la sociedad. Ahora bien, la prosperidad e iniciativas económicas de las empresas son del máximo interés público, y no sólo, como se insiste equivocadamente, respecto a las sociedades de capitales, sino también respecto a las sociedades de personas, que constituyen la mayoría de las compañías societarias, y las más activas y productivas.

Un aspecto no despreciable de la cooperabilidad, homogeneidad y de la posible convivencia de la sociedad es también la licitud de las operaciones externas, y sobre todo de las internas, que dependen de la moralidad, de la honestidad e inclusive de la capacidad de las personas que componen el sustrato personal de la sociedad, y de las que depende su destino: cierto tipo de personas son propensas a sacar ventajas a costa del socio o de los consorcios; tal actividad ilícita, que está difundida por su casi constante impunidad, según datos estadísticos, es el precio que pagan los grupos heterogéneos, en los que no ha sido bien meditada la elección de sus socios.

La homogeneidad de las sociedades es por lo mismo, de interés público.

Una referencia atinente a otras formas sociales, pero que persigue la misma razón de la sociedad, aunque sea con mecanismos en parte diversos, es la del artículo 2383, párrafo 3, que señala que los administradores de las sociedades por acciones (o de las sociedades de responsabilidad limitada) son revocables en todo momento, aunque

hayan sido designados en el acto constitutivo, y solamente con el derecho, si así se pacta, a falta de una causa justa, de ser resarcidos por daños. En el mismo sentido, el artículo 2383, inciso 2, limita imperativamente a tres años de duración máxima del nombramiento de administrador.

Es cierto que nos encontramos en áreas diversas dentro de la disciplina societaria, pero las disposiciones relativas subrayan y refuerzan la importancia — de interés público — del *intuitus personae*, y su lugar en el centro de la causa social, es decir, de la función económico-social del contrato, de la relación y del instrumento operativo societario.

En la sociedad de capitales lo esencial del *intuitus personae* y su carácter irrenunciable por ser un elemento de interés público, asume aspectos distintos de los que se presentan en las sociedades personales, y tiene un curso diferente en cuanto que se refiere al administrador; en tanto que en la sociedad personal se aplica al socio, que ha sido investido del *intuitus* y que se inserta en la participación social; sin embargo, la diferencia, aparentemente relevante, se atenúa si se piensa que en la sociedad personal el socio es también administrador o el administrador es socio, lo que es lo mismo, de tal modo se indica un aspecto del *intuitus personae* que considera la relación administrador-socio y su ajuste en la participación social; es decir, que el administrador sea socio o que sea menor su actividad administrativa, y que la relación administrador-sociedad permanezca igual y la actividad administrativa se manifieste como actividad de formación de la voluntad social y de su manifestación, que es siempre igual a sí misma.

Se trata siempre de la misma actividad y del mismo poder, que, por lo demás, es asimilable al poder de la asamblea, colegiado y convencional, como manifestación del momento propio de la realización de la causa social al concretarse; son elementos de juicio que operan todos en el mismo sentido.

La responsabilidad-garantía personal, el poder administrativo, la facultad de participar en la formación de la voluntad social, todo concurre a constituir el elemento componente con la finalidad de justificar el *intuitus personae*, y su carácter esencial para el funcionamiento de la sociedad, que siempre es de interés público como componente del producto nacional y como centro ocupacional necesario para el funcionamiento de la economía pública y privada.

La cuestión no puede ser profundizada aquí, pero el *intuitus personae* tampoco se debería descuidar en las sociedades de capitales con un pequeño número de socios, en la que no se da un funcionamiento diverso al de la sociedad personal, ya que ella misma es personal; aun cuando falta la responsabilidad-garantía personal de todos los socios siempre permanecen otros elementos justificativos del *intuitus*. Para que la sociedad pueda funcionar y para que lo pueda hacer sin que ocurran actos ilícitos y continuos sabotajes y rechazos antifuncionales, debe tener una composición personal, homogénea, actuable y funcional.

No es lícitamente funcional la sociedad en la que hay permanente conflictualidad, y conflictos permanentes entre la mayoría que se impone y la minoría en perpetuo estado de defensa y de oposición.

Bajo este aspecto, hay una grandísima diferencia entre la gran sociedad, cuyos socios son inversionistas, para quienes el poder de voto y el poder de control son solamante medios de defensa y de participación importantísima, lo que no es

comparable empero a la participación conjunta (coral) de los pocos miembros de las sociedades de personas y en general de las sociedades con pocos socios, que para operar fructuosamente deben estar ligados entre sí mediante una cooperación real y una comunidad de intereses, que no sólo sea elemento de la causa de la sociedad, sino también presupuesto esencial para que la colectividad sobreviva como tal, y no que sobrevivan solamente uno o algunos de los socios a costa de los otros despojados en todos sentidos: he aquí por qué la estructura del contrato y de la relación social es aquella que es propia de los contratos con prestaciones recíprocas, como actualmente ha sido aceptado autorizadamente por la jurisprudencia de la Corte de Casación.

Esta es la razón de que sea indispensable el elemento *intuitus personae*, para dar cohesión y tranquila operatividad a la estructura social, la composición de la cual tiene un altísimo grado de tal operatividad y de paz en el conteso social, lo que resulta indispensable para desarrollar la tarea, presente típicamente, que se asigna a la sociedad en el sistema económico nacional, y en el propósito de los socios.

Un problema de necesaria solución para encuadrar en particular el aspecto patrimonial contable de las sociedades de personas es el que se refiere a la declaración de la naturaleza jurídica de la prestación de garantía personal, bajo el aspecto de su inscribibilidad, como un valor activo, en el balance de ejercicio y su consiguiente computabilidad en el capital — como un bien idóneo para los fines impuestos por la ley —; en efecto, también en las sociedades de personas el capital, como veremos, debe tener idénticas características que en las sociedades de capitales, las cuales son independientes de la forma social, y propias del capital, como un elemento esencial del balance de ejercicio, independientemente de la sociedad y de su acto constitutivo.

Lo que debe excluirse, al menos en la doctrina que hasta ahora se ha ocupado del problema, es que se trate de un derecho real, verdadero y propio, que sería un derecho real atípico, no obstante que se haya hablado con frecuencia de un derecho real de garantía sobre el patrimonio del fiador, que precisamente “garantiza” con todas sus cualidades de ser un valor existente en el patrimonio, la obligación o las obligaciones de que se trate. Como es sabido, la doctrina del derecho real de garantía ha tenido autorizadas adhesiones, inclusive recientemente, si bien éstas se hayan esfumado pronto (lo que demuestra que el principio había sido acogido y que el problema debía ser tomado en serio).

Incidentalmente, resulta superfluo precisar que el derecho de que estamos hablando no es el derecho de garantía o por mejor decir, que no es la garantía general y personal *del acreedor*, la que no es un agregado necesario de su crédito (Artículo 2740 del Código Civil); sin dicha garantía general no se trataría de un crédito en sentido técnico, sino de una situación jurídica ciertamente, pero diversa del crédito verdadero y propio.

El garante, para otorgar su garantía debe asumir *instrumentalmente* la deuda, para poder responder con el deudor llamado principal; de la misma manera, en la garantía personal societaria (aportación de garantía personal), el socio se expone frente a los acreedores juntamente con la sociedad, la cual, goza de su garantía para actuar en lo interno y en lo externo (garantía interna y externa: pérdidas en relación a los otros socios, y deudas sociales en lo externo). Pero la garantía general asumida por el garante frente al acreedor, en cuanto parte (y por mejor decir, en cuanto al aspecto de la deuda) pertenece al patrimonio del acreedor mismo, del cual forma parte

juntamente con el derecho de crédito correspondiente a la garantía patrimonial relativa.

La situación jurídica a la que queremos hacer referencia consiste, en cambio, en una adquisición patrimonial activa, que acrece el patrimonio *del deudor* garantizado, y en nuestro caso específico el *de la sociedad*, la que por la garantía patrimonial establecida a su favor, de la que pueda disfrutar en sus operaciones externas e internas, ve incrementado su patrimonio con un valor correspondiente al “volumen” de garantía adquirido. Situación de enorme importancia social y económicamente.

Se trata indudablemente de una situación jurídica de goce *en sentido lato*; es decir, de una ventaja patrimonial permanente, constituida por la inserción de la garantía en el patrimonio de aquél por quien se presta (y correspondientemente, por la inserción de la situación jurídica pasiva en el patrimonio del garante, el deudor garantizado adquiere así el valor de la garantía, que le permite operar “a crédito”, asistido en general por el valor de garantía del patrimonio del garante quien pierde correlativamente dicho valor patrimonial en beneficio del otro).

La realidad, es decir, la *vinculación con la cosa* y la incidencia pasiva correspondiente, constituida en el patrimonio del garante, que sufre la correspondiente e inevitable disminución del valor (ningún patrimonio tiene un poder “ilimitado” de garantía, y sobre todo “valor” de garantía patrimonial), constituye indudablemente, por tanto, un elemento de realidad innegable, entendida ésta como una incidencia directa sobre la cosa, que también se refleja en el balance del ejercicio, en su lado pasivo, en el que la ley le exige comprender “las obligaciones de garantía (¡sic!), aunque procedan los créditos de regreso correspondientes”; así indica el artículo 2424, párrafo 2, del Código Civil, que impone la inscripción de las obligaciones de garantía (obviamente, de la sociedad frente a terceros, no en nuestra hipótesis, en la que no hay obligación de garantía sino que se tiene, precisamente, la prestación de garantía del socio personalmente responsable de las obligaciones sociales; lo cual, constituye para la sociedad un activo correspondiente, y el enriquecimiento que inevitablemente implica la presencia económico-jurídico de un renglón del activo, en favor de la persona garantizada).

Como se ha observado, el análisis de fondo de la naturaleza jurídica de la situación concreta relativa, de la que la realidad prueba de manera indiscutible su presencia efectiva, es innegablemente real, aunque adolezcan de falta de calificación jurídica algunas situaciones que la realidad atestigua como indiscutiblemente presentes, y las que, sin embargo, aún no han sido profundizadas por la investigación teórica; es decir, que no han sido incluidas dentro de las categorías jurídicas. Lo cierto es que tal omisión no puede destruir la realidad, que no está hecha de teorías sino de importantísimos hechos y movimientos de valores económicos de la vida concreta, que, construida para calificarla, sólo sirve para calificar formalmente las categorías jurídicas, no para crearlas o cancelarlas.

Las consecuencias jurídicas de tal existencia concreta e innegablemente (pesantemente) efectiva no pueden llevar — como por lo demás a veces ha sucedido en el pasado — a la cancelación de la realidad, que no depende de las categorías jurídicas, sino que más bien depende de los hechos, la existencia de los cuales puede, en cambio, a la inversa, denotar una carencia técnica que debe ser colmada urgentemente.

Una argumentación contraria podría fincarse en la observación evidente de que

la situación antedicha *carece del derecho de seguimiento*, del cual, contrariamente, está provisto el derecho real de prenda, como los otros derechos reales de *garantía, droit de suit* que, en cambio, falta en el caso particular, y que además, no se puede sustituir con otro instrumento igualmente eficaz.

La incidencia de la situación jurídica de que se trata no se extiende al derecho de seguimiento: también vale para los bienes que realmente forman parte del patrimonio del sujeto garante. Tal es precisamente la conveniencia económica concreta de las sociedades personales en relación con las sociedades de capitales; en éstas, el socio confiere un capital en plena propiedad o titularidad, y por tanto, se priva del mismo capital que en cualquier sentido pasa a la sociedad, y ya no es utilizable en modo alguno por el socio.

En las sociedades de personas, en cambio, el socio conserva para sí el goce de los bienes que constituyen su patrimonio, y puede administrarlos o intercambiarlos como mejor crea hasta el momento final de la efectiva ejecución de la garantía otorgada, cuando ella se actualiza plenamente y se concreta ejecutivamente.

Se trata de objeciones muy conocidas formuladas por la corriente de estudiosos contraria al calificativo de “real” de la situación antedicha, o mejor dicho, opuestas al calificativo de ella *tout court*, más allá de una garantía patrimonial general, genérica sobre todo, que calificada no lo ha sido firmemente (*sólidamente*); lo que en absoluto carece de una calificación indispensable, con entidad jurídica activa, es la situación de ventaja, y de gran valor, que corresponde a la garantía patrimonial otorgada por el garante en el patrimonio del deudor garantizado.

La existencia de esta garantía y la situación correspondiente también jurídica, es cierta (también jurídicamente), en cuanto que de otra suerte, se tendría un vacío inexplicable y un hiato injustificado e injustificable dentro de una realidad económica, presente evidentemente, valuable desde el punto de vista económico, y adaptable concretamente, del mejor modo posible; que tiene, además, operabilidad, eficacísima operabilidad, y certeza. Se plantearía así la correspondencia efectiva, y la certeza jurídica del *capital* de las sociedades de capital, y de las sociedades de personas. De otro modo, la llamada responsabilidad personal (ilimitada y solidaria) por las obligaciones sociales carecerían inexplicablemente de un calificativo “jurídico”: se trataría, pues, de la falta de calificación jurídica de una entidad sustancialmente (*massicciamente*) presente y que por añadidura constituye el eje y el sustrato lógico esencial, económico y jurídico, como lo expresan inequívocamente los artículos 2267 y 2263 (este último, respecto a la responsabilidad interna, es igualmente importante, como lo establece con claridad el artículo 2265, llamándola responsabilidad por las pérdidas, como un elemento esencial de la sociedad). Se trata, por tanto, de un calificativo de urgente e indispensable actualización, dado el punto de partida constituido por su existencia en el patrimonio del que goza de la garantía.

Nuestro problema actual, empero, no es tanto, o mejor, no es sólo, un problema de calificación jurídica, sino de la inscribibilidad en el balance de la partida del activo, que corresponde (respecto a la sociedad) a la garantía personal que asume el socio por las obligaciones sociales legales y contractuales, como ha sido antes puntualizado.

El problema, no obstante las observaciones hechas antes a favor de su innegable existencia económica y jurídica, quiérase o no debería tener solución negativa, dadas, precisamente, las características de la situación jurídica antes examinada. En efecto,

no es solamente que cualquier situación jurídica de carácter real deba ser inscrita en el activo, sino que sólo esta situación permite la inscripción de los derechos reales verdaderos y propios.

Eso debe decidirse claramente, no obstante que en otras situaciones exista la obligación de la inscripción más allá de los bienes que pertenecen estrictamente al empresario; así resulta del artículo 2217, conforme al cual, el empresario individual debe inscribir obligatoriamente en el balance — en el activo y en el pasivo —, “los activos y los pasivos ajenos a la misma (empresa).

En realidad y en rigor, la sociedad, y en general el deudor garantizado, tratándose de una garantía personal, “goza” del valor de garantía del patrimonio del socio-responsable-garante, sobre el que hay un verdadero aprovechamiento y una situación activa de goce, pero no se tiene un verdadero derecho real de goce, que implicaría la insufragabilidad (*insottraibilità*) del goce mismo de los bienes afectados, así como la infungibilidad (*inscambialità*) de esos bienes por otros; por consiguiente, no puede haber la inscribibilidad del patrimonio del garante en el balance del garantizado, dada la calidad del bien; e inclusive, sobre este bien, grava la garantía, la cualidad de la cual no es de tal naturaleza que puede dar lugar a la inscripción en el activo del balance.

Sobre este punto, aunque estemos argumentando sobre el capital no deberían haber dudas excesivas.

No es posible darse cuenta, como veremos más adelante, de la esencia de la sociedad de personas sin haber dilucidado primero, con exactitud, la naturaleza jurídica y el alcance económico-social de la prestación de la garantía personal.

Este obstáculo antes insuperable, ha sido superado, después de haber efectuado una profundización mayor de la naturaleza jurídica de la prestación fiduciaria en el contrato de fianza, que constituye el prototipo de las garantías personales, *in genere*; lo que se ha logrado al superar el viejo enfoque civilista, para el que no se reconocía al fiador posición de parte en el contrato, en confrontación con el deudor principal; por lo cual, a decir de los civilistas, o al menos de la mayoría de éstos, no existía relación contractual, ni tampoco había un contrato o elementos del contrato, sino simples contactos privados de valor jurídico irrelevantes por decirlo así.

Como consecuencia de esta concepción, se negaban obviamente, la presencia de la prestación fiduciaria efectuada precisamente en ayuda del deudor, o sea, el verdadero beneficiario de la garantía.

A propósito de las aportaciones y de las prestaciones sociales en general, por ser el enfoque mercantilista deudor de conceptos formados por el derecho civil, resulta difícil comprender la naturaleza y la esencia de la sociedad personal. La ley misma, en efecto, a propósito de las aportaciones a la sociedad, la exige al precisar la disciplina de los contratos de los que la prestación conferida constituye una manifestación típica, en los términos del artículo 2554. Es cierto que la enumeración de las aportaciones y de las prestaciones efectuadas no es taxativa en dicho precepto, que se debe complementar en el campo civilista con la referencia implícita y extensiva a otras prestaciones aportables y a los contratos típicos relativos. Entre éstos, por su importancia única en nuestra materia societaria, se encuentra la fianza.

Si se puede hablar bajo diversos aspectos de la comercialización del Derecho privado, ella no puede dejar de entenderse sino como un mayor adherencia de los esquemas jurídicos, no sólo a la realidad económica, sino a la realidad de la contra-

posición de intereses, la que constituye el objetivo propio que el derecho se propone y la finalidad que quiere perseguir. Esta finalidad no es ciertamente aquella de la deformación de la realidad concreta, sino de la disciplinaria, adhiriéndose a aquella que sea la realidad creativa, con la cual cuenta la colectividad para la producción de la renta nacional. Comercialización quiere decir, precisamente, agilidad y funcionalidad, superando deformaciones inútiles, dañosas, y lastres precedentes.

En este sentido, se puede destacar con sorpresa que sobre los esquemas superados se sigue insistiendo; se insiste todavía, por ejemplo, en la exclusión del deudor de la relación fiduciaria, que equivaldría a excluir (y debería traducirse coherentemente como razón de exclusión) a la *sociedad-deudora garantizada por el socio* que presta la garantía personal; cosa que no se puede aceptar, en cuanto que la garantía personal prestada por el socio tiene función de dar una garantía de productividad a la sociedad, es decir, de darle medios operativos, que constituyen un incremento patrimonial.

Pero no es sólo en la sociedad y en sus relaciones externas e internas que tal exclusión del deudor es inaceptable; es suficiente introducir la normativa-modelo y el arquetipo de la fianza (*fideiussione*) para notar que se trata de una relación en la que la garantía tiene la función de otorgar un crédito al deudor garantizado, y que, principal sino exclusivamente, es prestada en su provecho, para hacer posible la operación principal (o la crediticia) de la que el garante en cuanto tal permanece extraño; y resaltan aquí como partes exclusivas, el deudor por un lado, y el acreedor por el otro; la operación principal por la cual se constituye la relación de la fianza, que puede ser normalmente un motivo, pero que también puede ser una compraventa (a crédito), etc.

Como aparece evidente en la regulación de la fianza, el legislador asigna inevitablemente (como es inevitable en la realidad concreta) una posición de parte en el contrato, tanto al fiador-garante, como al deudor garantizado, y también al acreedor garantizado por la garantía fiduciaria en su pretensión al pago (de parte del deudor), y que es auxiliado en sus intereses sobre la operación principal y el provecho suyo (que de otra manera no vería realizado).

El legislador establece y entrelaza las relaciones y las situaciones jurídicas recíprocas, entre el fiador y el deudor, y aun entre el mismo fiador y el acreedor; así como las situaciones jurídicas trilaterales, fiador-deudor-acreedor, condicionando la subsistencia de la relación fiduciaria, en su valor y alcance, al comportamiento del acreedor frente al fiador, como se ha analizado profundamente por la doctrina más reciente.

No tiene ninguna relevancia el comportamiento precaucional de la banca que haya hecho suscribir sólo al garante la solicitud respectiva de crédito, pretendiendo así establecer un contrato-relación más elemental, exclusivamente entre el acreedor y el garante cuya tutela deviene así imposible; y esto para alcanzar una enorme ventaja — para el deudor y para el acreedor — con exclusión del principal interesado en la relación — dando un artificioso carácter abstracto a la operación fiduciaria (respecto a la relación garante-garantizado). Si el contrato es trilateral y sobre todo si la relación fiador-deudor fuente de la garantía, tiene por su naturaleza, y por la ley, carácter causal fundamentalmente, la tentativa (o el truco) bancario, pierde el tiempo al no poder sobreponerse a la ley y a la asignación de una determinada causa y a la regulación del contrato concebido de dicha manera.

DOCTRINA

El contrato garante-banca limitada a las dos partes, con exclusión del deudor, significa la seguridad (*l'assicurazione*) del crédito, que tienen cabalmente la función de dividir el riesgo de la operación de que se trata entre el acreedor y el garante *al pago*, que interviene para aliviar al acreedor de todo o parte de su riesgo operativo. El pago de la garantía-riesgo se efectúa, obviamente, por el beneficiario de la garantía; es decir, por el banco, lo que en la fianza se antoja totalmente absurdo y deformante de la causa de dicho contrato; en éste, el principalísimo (si no exclusivo) beneficiario causal, que goza de la garantía, es el deudor, quien debe pagar el precio de ella, que está destinado a reforzar la garantía misma, con la sujeción del patrimonio entero del garante. El enfoque deformante dado por ciertas fuentes, no tiene importancia, por ofrecer la fianza un mecanismo que no corresponde a la ley, la que asigna al contrato su causa, o sea, su función económico-social, destinada a incentivar y reforzar el tráfico comercial.

En particular, la garantía personal de los socios en las sociedades de personas, que tiene idéntica naturaleza jurídica a la de la fianza (aunque no su íntegra regulación, obviamente), tiene importancia clarificadora: la garantía personal, como formación y enriquecimiento del patrimonio social de la cual constituye la principal prestación-aportación (sustitutiva del capital que puede ejercerse y no ejercerse y que no tienen nunca carácter determinante y central, a diferencia de la sociedad de capitales), sirve para aclarar la naturaleza jurídica de la misma fianza. La garantía personal, independientemente de la presencia de un crédito a garantizar, ya ha cumplido su función; lo que sucede después en la fianza prestada por los créditos futuros o condicionales en que no existe un acreedor actual, al contrario de lo que pasa en la fianza que sí existe ya, y que ya explica su enriquecedora función. Tales situaciones bien conocidas por la ley son absolutamente incompatibles con la injerencia del deudor en el contrato, y de la situación jurídica fiduciaria; así lo indica el artículo 1938; las secciones II, III, V del Código Civil no tendrían sentido si las relaciones no vincularan entre sí a los tres sujetos partes de la relación fiadora, y si no expresan tal vínculo trilateral en la terminología de las propias secciones. Esto, por lo demás, ha sido ya puntualmente observado por la más reciente doctrina en la materia.

Como se ha afirmado, la relación de correlación y por consiguiente el contrato con prestaciones recíprocas, depende de un comportamiento bien preciso, entre dos intereses contrapuestos, y entre dos prestaciones contrapuestas, cada uno tiene interés en la prestación, basado en el derecho a la correlativa prestación; se trata, pues, de un dato de la vida práctica y no de un esquema jurídico exclusivamente; para la disciplina de estos contratos, el derecho hace referencia básicamente al dato de la vida, a la efectiva contraposición de los intereses en un contrato de cambio (que se contrapone al contrato gratuito, el cual se caracteriza por la presencia de una sola prestación, que existe sin la correlativa), que sólo puede ejercitarse, o bien, faltar, *tertium non datur*² (con excepción de los actos indiferentes a este respecto, que no son ni gratuitos ni onerosos, como por ejemplo, el pago al respecto (Véase Oppo, *Adempimento e liberalità*)², la consignación-restitución de bienes fungibles en el mutuo, etc. No es posible, jurídicamente, una correlación económica que sea, en cambio, otra distinta desde el punto de vista del aspecto jurídico; la ley ha regulado,

² Vid. Simonrtto, *I contratti di credito*, Padova.

para disciplinarlo, al contrato de cambio, y ha construido en interés público una categoría que es también jurídica como la empresa; una disciplina determinada, con la finalidad de que no reine el atropello, la usura, etc., etc.

Es sabido que existe una cierta resistencia para la aplicación, no sólo de las normas penales específicas, sino también de aquellas generales que tutelan intereses de pública relevancia y de moralidad mínima de los mecanismos, sobre todo los de carácter económico, por hechos que serían reprimidos, si se cometieran fuera del ámbito de la sociedad, y que darían lugar a una condena por fraude o por otro delito, y que en materia de sociedades quedarían en la impunidad, con graves consecuencias para las relaciones privatísticas y para la elección de estos instrumentos productivos que son de la máxima importancia.

La sociedad parece que fuera un terreno "libre", ajeno a ellas leyes penales, por lo que se pueden sufrir no sólo los peores abusos, sino también delitos comúnmente calificados y calificables como fraude, apropiación indebida, extorsión, etc., etc., sancionados severamente en forma general; estas manifestaciones de delincuencia en la sociedad son mantenidas impunes, ya sea por la manera formal como se presentan, es decir, como infracciones a la ley societaria y no a la ley penal, simple y llanamente ("*tout court*"), o bien, porque la sociedad es un terreno en el que no participan (*non si raccapuzane*), sino muy pocos, por lo que el jurista común, abogado o juez, se topa (*cava*) con la expresión clásica *hic sunt leones* de las cartas geográficas antiguas, con lo cual se indicaba el mundo aún desconocido.

Un punto sobre el cual debe insistirse es que las normas penales, en su aplicación, y antes que nada en su *aplicabilidad*, se basan sobre aquellos conceptos de capital, patrimonio, utilidades, etc., etc. Sin precisar estas premisas, no se pueden defender y aplicar dichos principios, particularmente si ellos son ambiguos, vagos e inaplicables; en el caso concreto, basarse en conceptos de capital, aportabilidad, sobre todo de inscribibilidad en el balance y otros más.

Si la inscribibilidad en el balance se refiere a algo universal y común, se trata de una concurrencia de entidades permisibles y heterogéneas, y es absolutamente inútil la formulación de normas penales, que sólo pueden dar lugar a juicios vacuos, absoluciones previsibles que con ninguna ayuda contribuirían a la funcionalidad y a la moralidad del ordenamiento jurídico en este delicadísimo sector.

Las normas penales, en cambio, deberían ser hechas para desalentar a los ladrones y para imponerles obstáculos funcionales y moralizantes, para subrayar y no dejar lagunas en el ordenamiento, en esta delicadísima materia.

Faltando los comisarios o los controles públicos, en realidad el legislador establece el mecanismo de control del socio, para conseguir la misma defensa del interés público, y de las numerosas personas interesadas que gravitan en torno de la sociedad en nombre colectivo, como en torno de cualquier otra empresa.

De aquí que el legislador penal se ocupe del obstáculo interpuesto por los administradores de este insustituible control, imponiendo una sanción penal, para desalentar esos obstáculos, que acaso un mal administrador tendría interés en oponer a efecto de ejercer la administración con un poder propio, total y único, y en su única ventaja.

La norma penal es, por consiguiente, aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, pero también a la sociedad en nombre colectivo (y a la sociedad en

comandita simple), y por idénticas razones de buen funcionamiento de los órganos sociales, en situaciones muy numerosas e importantes que conforman a la sociedad en nombre colectivo.

Parece haber una evidente y gravísima inexplicable laguna consistente en dejar la sociedad en nombre colectivo y las sociedades y en general las sociedades personales, en manos de los administradores deshonestos, dado que los daños relativos — también — serían pagados por la colectividad nacional y por la economía, que se aprovecha para su funcionalidad de los mencionados controles.

El control de los socios en las sociedades que caen bajo lo dispuesto por la norma del artículo 2623, n. 3, desarrolla, pues, la misma e idéntica función, y por lo tanto debe tener las mismas sanciones y facilidades que tiene el control de los comisarios.

La norma, aclarada en sus premisas de carácter civilista (mercantil) sirve también para aclarar las normas civiles que la apoyan y a las cuales indudablemente también ofrece apoyo.

La normatividad de las sociedades en nombre colectivo (y de las sociedades de personas, mercantiles en general), cumple idéntica función en los muchos casos a que se adapta. En suma, la norma encuadra en el conjunto de aquellas otras que buscan el cumplimiento correcto de los controles sobre la gestión de los organismos sociales, siendo indiferente el mecanismo del control y los órganos que a él se destinan.

A veces, en cambio, se parte de una errónea premisa egoísta-privada, rechazada por todo el sistema de normas en materia de control, normas civiles y sobre todo normas *penales*, y de manera inexacta se concluye que precisamente el control del socio desarrolla un interés privado y egoísta de él mismo, para su propia información, a efecto de ver si se está administrando bien; en cambio, si, como es lo correcto, se parte de la premisa de que el socio, movido por intereses privados (obviamente, a diferencia del comisario síndico), desarrolla un control idéntico (en *sentido lato*) al del comisario de las sociedades de capitales, y con la misma función, la extensión y las modalidades del control mismo no pueden dejar de adaptarse a la función de él, porque de otro modo, sería un control frustrado, desfuncionalizado y no idóneo para cumplir su función.

La identidad de la sanción *realmente penal* tiene, al respecto, carácter iluminante, separando todos los datos de comparación y de interpretación para-analógica (*ubi eadem legisl ratio ibi eadem legis dispositio*); el control, para tener idéntica función, no puede dejar de tener semejantes posibilidades, extensión y modalidades; de otra suerte habría una absurda asimilación de la sanción penal, gravísima por tanto, con mecanismos absurdamente impropios (inidóneos), para explicar una función demasiado endeble y mucho menos amplia.

Y este absurdo no puede ser cometido por el intérprete, si no es descordinando las normas, ignorando todos los cánones hermenéuticos, cosa que lo colocaría fuera de su función interpretativa.

Una última consideración sugerida por la norma penal y por sus implicaciones civiles: el control, en vista de su función pública y de su carácter esencial, lo que dichas normas penales exaltan, es, indudable y principalmente, un control sobre la garantía igualmente esencial, que interesa sobre todo a los terceros acreedores y al público; en segundo lugar y de manera subordinada, actúa el control de productividad, respecto al cual el control de la garantía cumple también una función instrumental;

al inscribirse la garantía se mantienen los medios productivos esenciales, de los que ella forma un componente de gran importancia. Los medios productivos son medios de garantía y la posibilidad de garantizar condiciona el crédito que la sociedad reputa como el principal instrumento productivo.

Los administradores, como dispone el precepto que se examina, tienen una obligación verdadera y propia, de la cual responden civil y penalmente, consistente en no obstaculizar el control de los socios, en las hipótesis en que la ley lo establece (artículo 2623), y prohibiendo (artículo 2623, n. 3) que se ejerza algún *obstáculo a la actividad de control de los socios*.

La norma del artículo 2623, n. 3, por la cual son castigados los administradores que “impiden el control de la gestión social (por parte del colegio comisario), o en los casos previstos por la ley, *por parte de los socios*”, también se aplica sin duda a la sociedad en nombre colectivo, obviamente regular o irregular. Ello en el caso de que la administración se otorgue a uno o más socios (artículo 2261).

En efecto, la norma forma parte de aquellas “disposiciones penales *generales para las sociedades sujetas a registro*”, a las cuales también pertenece la sociedad en nombre colectivo (esté o no registrada efectivamente, poco importa, dado que siempre está sujeta a la carga y a la obligación del registro), que es sociedad de forma mercantil, como resulta indiscutible.

La aplicabilidad de la norma aparece aún más evidente si del terreno meramente literal se pasa a considerar que la norma legal pertenece al conjunto de aquellas que se refieren a intereses de relevancia pública. Tal interés es indudablemente el del buen funcionamiento de los organismos económicos mercantiles, a fin de que su gobierno se desarrolle según las reglas de la buena administración, y que no perjudiquen a los socios, a los terceros acreedores, a los trabajadores, a la economía nacional. Tales controles adquieren un carácter esencial en tutela de los intereses indicados, y por tanto, satisfacen un interés público de gran importancia (artículo 2261).

Los socios, aun los de la sociedad en nombre colectivo, que no tienen otros controles, que no publican los balances propios, que están sujetos a control público sola y únicamente en caso de quiebra, controlando la buena marcha de la sociedad, cumplen la misma e idéntica función pública y tienen poderes-deberes de gran trascendencia pública y social.

Así, en la sociedad en nombre colectivo, en la que falta el cargo de comisario, el legislador se vale evidentemente de los socios para cumplir *idéntica* función frente a idénticos interesados.

El socio que controla la sociedad en nombre colectivo, por tanto, aun si parte de su buen derecho de ser un controlador privado, en realidad desarrolla una insustituible función pública y satisface intereses públicos de gran relevancia; lo que no es nada raro en el ordenamiento que utiliza frecuentemente intereses privados para explicar un interés público.