

LA SOCIEDAD DESDE LA LEY 15 HASTA EL PROYECTO DE 1998 SOBRE
CODIGO CIVIL UNIFICADO CON EL CODIGO DE COMERCIO

Por Julio C. Otaegui

I

El Código de Comercio de 1862 y el derecho civil

En el Código de Comercio del Estado de Buenos Aires declarado nacional por la ley 15 de 1862, se interpolaron disposiciones de derecho común, o sea civil, según dijeron sus redactores Dalmacio Vélez Sársfield y Eduardo Acevedo en su informe de elevación de 1857 a saber:

“En el estado actual de nuestros códigos civiles era imposible formar un código de comercio, porque las leyes comerciales suponen la existencia de las leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el Derecho común. No podíamos hablar, por ejemplo de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles como solidarias, si no existían las leyes que determinasen el alcance y las consecuencias de ese género de obligaciones. Pero éstas y otras diversas materias no tratadas en los códigos civiles o la legislación era absolutamente deficiente respecto de ellas, guiándose los tribunales solamente por la jurisprudencia general. Hemos tomado entonces el camino de suplir todos los títulos que faltaban para componer el código de comercio. Hemos trabajado por esto treinta capítulos de Derecho común, los cuales van interpolados en el código en los lugares que lo exigía la naturaleza de la materia. Llenando esa necesidad, se ha hecho también menos difícil la formación de un código civil en armonía con las necesidades del país. Podemos decir que en esta parte nada hemos innovado en el Derecho recibido en Buenos Aires. La jurisprudencia era uniforme en todas las naciones respecto a las materias legisladas en esos treinta capítulos, y no hemos hecho sino formular como ley el Derecho que ya existía.” (ADLA 1852-1880 p.224).

Por ello elaboraron 30 Capítulos de Derecho común y los incluyeron en el Código de Comercio.

Si ello implicó una unificación de las obligaciones civiles y comerciales, o si las normas interpoladas se aplicaron exclusivamente a las relaciones comerciales, es una cuestión controvertida (ANAYA J.L. y PODETTI H. A., “Código de Comercio y leyes complementarias”, Tº I, p.31 n.91, Bibliográfica Omeba 1965 Buenos Aires).

De todas formas dentro de un mismo Código se insertaron normas mercantiles y de Derecho común aplicables a las obligaciones y así el Libro II De los contratos del comercio contenía un Título I De los contratos y obligaciones en general y un Título XV De los modos de extinguirse las obligaciones.

Ello ocurrió por cierto unos veinte años antes que rigiera el Código Federal de las Obligaciones suizo de 1881.

II

El Código de Comercio de 1862

El Código concibió al comercio como una profesión que requiere publicidad.

Así el ejercicio del comercio reglado en el Libro I imponía al comerciante la registración y otras obligaciones anexas (C. Com. 1862 art. 44).

Este régimen tenía su razón de ser en que: *“Celebrándose ordinariamente las transacciones comerciales con mas rapidez que las civiles, la ley ha considerado insuficientes las precauciones comunes para asegurar la validez de las obligaciones. Quizá ha pesado también sobre el legislador la circunstancia de que el comerciante trafica no solo con sus capitales sino con el crédito o capital ajeno”* (TEJEDOR CARLOS, *“Curso de Derecho Mercantil arreglado al Código de Comercio y concordado con el Derecho Civil”*, p. 10 nro.72, Bs. As.,1863).

Y como el ejercicio del comercio implica el recurso al crédito o capital ajeno, la publicidad tenía su necesario complemento en el Libro IV De la insolvencia de los comerciantes (C. Com. 1862 arts. 1511/1755).

Tal ejercicio del comercio podía hacerse mediante apoderados pero el mandato general debía ser necesariamente representativo (C. Com. 1862 art. 300 parte 1ra) y por lo tanto debía inscribirse (C. Com. 1862 art. 47 inc. 3) interpretando la doctrina que era obligatoria la inscripción de los poderes generales otorgados por los comerciantes pero era potestativa la inscripción de poderes otorgados para actos aislados de comercio (ANAYA J. L. y PODETTI H. A., ob. cit., T° I, p.462 nro.20).

En cuanto al mandato no representativo llamado comisión sólo cabía para una o mas operaciones de comercio individualmente determinadas (C. Com. 1862 art. 335).

III

El Cód. de Comercio de 1862

El ejercicio del comercio mediante una sociedad

Otra forma de comerciar era hacerlo en sociedad.

Por esto tras la regulación de la persona del comerciante (C.Com. 1862 arts.1/190) y luego de la interpolación de normas del derecho civil (C. Com. 1862 arts.191/298), era congruente que siguiera la normativa del contrato de mandato (C. Com. 1862 arts. 299/386) y después de ésta la del contrato de sociedad (C.Com. 1862 arts. 387/512) aunque también se ha sostenido que no se percibe la lógica de tal orden (RIVAROLA M. A., *“Tratado de D. Comercial Argentino”*, T° 2 p.110, Cía Arg. de Editores, 1938 Bs. As.).

Con relación al comercio en sociedad había un primer Capítulo de Disposiciones generales cuyo artículo 387 caracterizaba a la compañía o sociedad como un contrato por el cual dos o mas personas se unen, poniendo en común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar.

Las sociedades eran mercantiles cuando se celebraban para comerciar (C. Com. 1862 arts.453, 425, 435, 453) salvo la sociedad anónima que era comercial cualquiera fuera su objeto (C. Com. 1862 art.403).

Todo contrato de sociedad excepto la accidental o en participación (C. Com. 1862 art.446), tenía que redactarse por escrito cuando su valor excediera de mil pesos fuertes pudiendo la escritura de sociedad ser pública o privada (C.Com. 1862 art.393) y debiendo inscribirse en el Registro Público de Comercio (C. Com. 1862 arts.47, 397) so pena de desmedro de su validez (C. Com. 1862 art.399) y consecuentemente

se imponía al socio oculto la responsabilidad personal y solidaria del socio colectivo (C. Com. 1862 arts.401 in fine, 454) en una solución mantenida en la LS art. 34 pero no en el C. Civil art.1669.

Es de tener en cuenta también que:

1) Se asignaba a la sociedad el carácter exclusivo de contrato pero no de persona o sujeto de derecho, estando por ello regulada en el Libro II De los contratos del comercio y no en el Libro I De las personas del comercio.

Esto se afirmó inclusive tras la reforma de 1890 de todas las sociedades salvo la anónima (OBARRIO M., “*Curso de D. Comercial*”, Tº I p.245, J.Lajouane, 1907, Bs. As.).

Tal solución mantenida por el C. Com. 1890 art.282 fue criticada (RIVAROLA M. A., ob. cit. Tº II p.109 nro.343).

2) Los socios eran mandatarios unos de los otros (OBARRIO M., ob. cit. Tº I p.245 nro.274).

En la sociedad colectiva se comerciaba en común bajo una firma social (C. Com. 1862 art. 453) que equivalía a la firma de cada uno de los socios (C. Com. 455) por lo que estos se obligaban solidariamente (C.Com. 1862 art.454) y consecuentemente la declaración de quiebra de una sociedad colectiva constituía en estado de quiebra a todos los socios (C.Com. 1862 art.1530) antecedente este de la actual LCQ 24.522 art.160.

En las sociedades en comandita con socios colectivos y comanditarios eran los primeros solidariamente responsables y los segundos solo respondían con los fondos declarados en el contrato (C.Com. 1862 art. 425).

Tal como en el régimen vigente los comanditarios no podían inmiscuirse en la administración so pena de responder como el socio solidario (C.Com. 1862 arts.430, 431, 432; LS art.137) aunque podían ejercer actos de examen, inspección, vigilancia, verificación, opinión o consejo (C. Com. 1862 art.431; LS art.138).

Se trataba pues de una sociedad para comerciar en conjunto en la que los socios solidarios actuaban entre sí como mandatarios con representación obligando unos a otros y respecto de los comanditarios como mandatarios sin representación o sea comisionistas sin obligarlos personalmente frente a terceros (C.Com. 1862 art.299) por lo que no era necesario inscribir en el R. P. de Comercio el nombre del socio comanditario (C.Com. 1862 art.426).

Congruentemente la declaración de quiebra de una sociedad en comandita constituía en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componían (C.Com. 1862 art. 1530) pues se habían obligado solidariamente ante los terceros pero no constituía en estado de quiebra a los socios comanditarios porque no se habían obligado personalmente ante los terceros, solución que ha perdurado (LCQ 24.522 art.160).

Dicha sociedad podía dar acciones (C.Com. 1862 art.433).

El C. Com. 1862 art.435 regulaba asimismo a las habilitaciones o sociedades de capital e industria con normas similares a las presentes (LS art. 141).

Si la sociedad tenía firma social le eran aplicables las reglas de las sociedades colectivas (C.Com. 1862 art.437) y en tal caso la quiebra de la sociedad constituía en estado de quiebra a todos los socios solidarios que la componían o sea a los socios capitalistas (C.Com. 1862 art.1530; C.Com.1890 art.1384, SEGOVIA L., “*Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la R. Argentina*”, Tº III, p.314, nota 4448, F, Lajouane 1892, Bs. As.).

Los socios industriales respondían sólo con sus ganancias no percibidas (C. Com. 1862 arts.441, 442) pero no podían contratar en nombre de la sociedad (C. Com. 1862 arts. 441, 442), restricción ésta actualmente eliminada (LS art.143).

Vale decir que se mantenía la regla consistente en que el ejercicio del comercio bajo una razón social sólo era lícito para quienes asumían una responsabilidad solidaria registrando el contrato.

IV

El Código de Comercio de 1862

La operación comercial determinada y la sociedad

El C. Com. 1862 no sólo se ocupaba de las sociedades para el ejercicio del comercio sino también de las sociedades destinadas a operaciones comerciales determinadas o sea de las sociedades accidentales o en participación (C. Com. 1862 arts. 444, 447) que no estaban no sujetas a las formalidades prescriptas para la formación de las otras sociedades (C. Com. 1862 art.446).

Sólo quedaba obligado ante terceros el socio que daba su nombre en la negociación (C. Com. 1862 art.448).

El socio contratante actuaba por su cuenta y en su nombre y también por cuenta del socio no contratante pero no en nombre del socio no contratante por lo que éste no quedaba obligado ante terceros.

Ello concordaba con el contrato de comisión que era el mandato no representativo para operaciones de comercio individualmente determinadas (C. Com. 1862 art.335).

Su razón de ser estribaba en que la participación del socio no contratante en la sociedad destinada a una operación de comercio determinada no implicaba el ejercicio del comercio C. Com. 1862 art.1).

Tampoco la sociedad ejercía el comercio por lo que la publicidad exigida en las demás sociedades (C. Com. 1862 art.47) no era necesaria.

V

El Código de 1862

La sociedad anónima y su estructura

El capítulo II del Título III concerniente a las sociedades anónimas establecía que la misma era una simple asociación de capitales para una empresa o trabajo cualquiera siendo comercial cualquiera fuera su objeto (C. Com. 1862 art. 403) pues la reputaba acto de comercio (C. Com. 1862 art. 7 inc. 5) tal como el vigente C. Com. art. 8 inc. 6. No eran por cierto las sociedades anónimas personas jurídicas aunque sus socios no respondían de las obligaciones de la compañía anónima sino hasta el valor de las acciones o del interés que tenían en la sociedad (C. de Com. 1862 art.410).

Ello era debido a que la sociedad anónima carecía de razón social (C.Com. 1862 art.404) y a que los administradores de la sociedad en su carácter de mandatarios de los socios (C. Com. 1862 art.405) contrataban con los terceros sobre la base de la responsabilidad limitada de sus mandantes (C. Com. 1862 art.307), responsabilidad limitada al fondo social y a los beneficios acumulados (C. Com. 1862 art. 409) tal como resultaba del contrato inscripto en el Registro Público de Comercio (C. Com. 1862 art.47 inc. 2).

Este sistema guarda alguna semejanza con el régimen inglés de las compañías limitadas de la época que brindaba a los miembros de una “*association*” de personas destinada al tráfico comercial, la posibilidad de limitar su responsabilidad ante terceros sin que se atribuyera a tal “*association*” el carácter de un “*body corporate*” (CHARLESWORTH and CAIN, *Company Law*, p.3, Stevens & Sons, 1972 London). Tal ordenamiento que independizaba el régimen de la responsabilidad personal del sistema de la personalidad sólo prevaleció por once años en Inglaterra hasta 1855 pero no obstante debido al mismo las “*English companies still bear the label “Ltd” instead of the more logical “Inc.” of the U.S.A.*” (GOWER L.C.B. ob. cit. p.49).

VI

El Código de Comercio de 1862

La sociedad anónima y el sistema normativo

En el país no había precedentes legislativos sobre la sociedad anónima y así lo dijeron Vélez Sársfield y Acevedo en el Informe de la Comisión Redactora:

“Otras veces nos hemos encontrado sin precedentes legislativos respecto a materias también de primer orden, como las sociedades anónimas y en comandita. Buenos Aires se hallaba a este respecto como la Inglaterra sin otra ley que la ley general que no distingue unas sociedades de las otras, e iguala las obligaciones de todos los asociados, si un acto del Cuerpo Legislativo no incorporaba a cada determinada sociedad en el número de las sociedades privilegiadas. La Inglaterra hasta en el último Parlamento no ha podido variar sus leyes en esta materia, porque la ley escrita jamás alcanzaría a derogar allí con suceso la ley tradicional. Pero felizmente en Buenos Aires no teníamos sino convertir en leyes las teorías recibidas y sancionadas por el Derecho, y los actos mil veces cumplidos en los juicios. La jurisprudencia había suplido la falta de Derecho escrito, y existían las sociedades anónimas y en comandita con su propio carácter legal aunque no se hallaban en nuestra leyes de comercio”. (ADLA 1852 1880 p.227).

Siguieron por lo tanto las huellas del derecho continental.

En el mismo ya se había producido la gran novedad de la incorporación de la sociedad anónima en el Código de Comercio francés de 1807 como una sociedad comercial más sujeta a las reglas previstas en el Código aunque con una importante diferencia respecto de las otras sociedades comerciales pues para existir requería una autorización del Consejo de Estado (RIPERT GEORGES, “*Traité Elémentaire de Droit Commercial*”, p.383 nro.886, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1954) o sea que imponía control discrecional de mérito o de oportunidad en manos del gobierno entonces imperial.

El Código de Comercio español de 1829 tras el Código francés también reguló a la compañía anónima o sociedad anónima como una sociedad comercial mas y sujetó su existencia a recaudos especiales aunque atemperó los mismos (GARRIGUES JOAQUÍN, *“Curso de derecho mercantil”*, Tº I, p.337, Imprenta Aguirre, Madrid, MCMLXVIII; URÍA RODRIGO, *“Derecho mercantil”*, p.226 nro.217, Marcial Pons, Madrid 1992). Dicho Código español en su art. 293 sólo requería a las compañías anónimas que las escrituras de su establecimiento y sus reglamentos se sujetaran al examen del tribunal de comercio del territorio en donde se establecieran no pudiendo llevarse a efecto sin su aprobación.

La autorización real (hoy diríamos gubernativa) sólo se exigía cuando las compañías gozaran de algún privilegio concedido por el rey para su fomento (C. de Com. español de 1829 art. 294).

Este fue el régimen seguido por el C. de Comercio de 1862 y no solamente fue seguido sino que se aliviaron sus exigencias.

Así en su artículo 405 prescribió que las sociedades anónimas *“sólo pueden establecerse por tiempo determinado y con la autorización del Poder Ejecutivo, dependiente de la autorización de la asamblea general cuando hayan de gozar de algún privilegio”*.

En consecuencia el C. Como. 1862 *“sometía a la autorización del Poder Ejecutivo sólo a las sociedades que habían de gozar de algún privilegio, es decir de alguna concesión gubernativa”* (MALAGARRIGA CARLOS C., *“Código de Comercio Comentado”*, Tº II p.121 nro.117, Lajouane Bs. As. 1929).

Es evidente la semejanza con el Código español de 1829 art. 294 en cuanto a restringir la exigencia del requisito de la autorización gubernamental a las sociedades beneficiarias de privilegios.

Podían por lo tanto constituirse sociedades anónimas conforme al régimen normativo difundido años mas tarde en el derecho continental por la ley francesa de 1867, suprimido entre nosotros por la ley 2637 en la reforma de 1890 y restaurado por la ley 19.550 en 1972.

En definitiva y sobre este aspecto del tema, resultaba del Código de 1862 un control de legalidad estructural de la anónima a cargo del P. Judicial como hoy prescribe la ley 19.550, ello sin perjuicio de un control de mérito funcional para determinadas actividades como también modernamente sucede v.g. respecto de la actividad financiera (ley 21.526 y mod.) y de la actividad aseguradora (ley 20.091).

En otra premonición de modernidad el C. de Comercio de 1862 remató el Título III De las compañías o sociedades con el Capítulo Undécimo Del modo de dirimir las diferencias entre los socios sometiéndolas a jueces arbitradores a no ser que se hubiera estipulado lo contrario en el contrato de sociedad (C. Com. 1862 arts. 448, 449) lo que concuerda con el presente auge de los medios alternativos de resolución de conflictos. Para novedades los clásicos.

VII

El legado del Código de 1862

De lo antedicho cabe resaltar que el Código de 1862 estableció un régimen de publicidad para el ejercicio del comercio tanto en forma individual como societaria (C. Com. 1862 arts. 46, 47) que complementó con la regulación de la insolvencia del comerciante (C. Com. 1862 Libro IV).

Vedó el ejercicio del comercio mediante el mandato no representativo (C. Com. 1862 arts.300, 335) y concordantemente sancionó la actuación societaria oculta (C. Com. art.401).

Estos principios hoy zozobran como mas adelante se verá.

VIII

Del Código Civil a la Ley de Sociedades

En este período cabe recordar a:

I) La caracterización en 1871 de la sociedad anónima como persona jurídica junto a los establecimientos de utilidad pública, los bancos, las compañías de seguros y entes filantrópicos (C. Civil art.33 ley 340).

Aquí hay una interesante coincidencia con el criterio inglés de la época sobre la cuestión.

El enfoque británico había acogido al pensamiento de Adam Smith quien, ceñido a lo económico, en 1776 *“stated that a joint stock company was an appropriate type of organization only for those trades which could be reduced to a routine, namely, those of banking, fire and marine insurance, making and maintaining canals, and bringing water to cities”* (GOWER L.C.B., ob. cit. p.32 nota 46 Wealth of Nations, V, Chap.I, Part III, Art.1).

Es posible también que la inclusión de la sociedad anónima entre las personas jurídicas cuya existencia comienza en tal carácter *“desde el día en que fuesen autorizadas por ley o por el gobierno”* (C.Civil art. 45), se haya debido a que el sistema del Código español de 1829 que rigió en algunas provincias de la Confederación Argentina, dio lugar a abusos por lo que mediante una ley de 1848 se adoptó el sistema francés rígido de la autorización gubernativa previa (GARRIGUES JOAQUÍN, *“Comentario a la ley de sociedades anónimas”*, Tº I, p.60, Imp. Samarán, Mallorca 4 Madrid 1953).

II) La regulación en 1871 de la sociedad civil (C. Civil art.1648) con un régimen semejante al de la sociedad colectiva aunque: 1) Por exclusión no podía aplicarse al comercio (C. Com. 1862 art.282); 2) La responsabilidad de los socios es viril salvo pacto en contra (C. Civil art.1747; VIDELA ESCALADA FEDERICO, *“Las sociedades civiles”*, p.297 nro.353, Abeledo-Perrot 1962) pero con la contrapartida del C. Civil art.1751 (SPOTA ALBERTO G., *“Instituciones de Derecho Civil”*, Contratos Vol.VII, p.175, nro.1550 Depalma 1982 Bs. Aires); 3) El socio no ostensible u oculto no será juzgado como socio con relación a terceros (C. Civ. art.1669) lo que concuerda con el mandato civil no representativo (C. Civil art. 1929) sin la restricción del mandato comercial no representativo (C. Com. 1862 art. 335; C. Com. art. 222), pues ninguno de ambos supuestos implica el ejercicio del comercio.

Dicha sociedad no era una persona jurídica pues no estaba enunciada en el C. Civ. art.33 y de haberlo hecho así hubiera resultado superfluo el régimen de preferencias del C. Civil art. 1714.

No obstante la opinión doctrinaria abogó con diversos matices por su carácter de tal lo que finalmente se impuso en el C. Civil art.33 ley 17.711 (Este articulista “*Persona societaria: Esquema de sus atributos*”, R.D.C.O. 1974 Año 7 p.286 Depalma 1974 Bs. Aires).

III) La sustitución en 1890 para la constitución de la sociedad anónima del régimen normativo (C. Com. 1862 art. 405) por el régimen de la autorización (C. de Com. 1890 ley 2637 art. 318) para ajustarse a las reglas del C. Civil (MALAGARRIGA CARLOS C., “*Código de Comercio Comentado*”, Tº II p.121, nro.117, J. Lajouane & Cia 1927 Bs. Aires), régimen cuyos alcances fueron precisados por la Corte Suprema el 17.12.1945 en autos “*Standard Oil c/Gobierno Nacional*” (La Ley Tº 42 p. 880 fallo 20.887).

En jurisdicción nacional se creó un cuerpo de inspectores en 1893 y la Inspección General de Justicia en 1897 cuya regulación evolucionó hasta la actual ley 22.315 habiéndose transferido parte de sus funciones a la Comisión Nacional de Valores por la ley 22.169.

IV) La regulación en 1890 de la cooperativa como sociedad comercial (C. Com. 1890 arts. 392/394) modificada por la ley 11.388 y en 1973 desgajada del Código por la ley 20.337 que no se pronuncia sobre si es una sociedad o una asociación como señala su exposición de motivos (ALTHAUS ALFREDO A. “*Tratado de Derecho Cooperativo*”, p.66 nro.31 Zeus Editora Rosario 1977) aunque supletoriamente rigen las disposiciones sobre la sociedad anónima (ley 20.337 art. 118).

V) La inserción en 1932 de la sociedad de responsabilidad limitada en el C. de Comercio mediante la ley 11.645 que la declaró sometida para todos sus efectos al Código y leyes de comercio enmendando la plana a la interpretación que las Cámaras en pleno de la Capital habían dado el 26.04.1920 al art.8 inc.6 del C.Com. en autos “*Banco H. F. Argentino c/Castaño J.*” (J.A. Tº XII 1924 p.931).

Ello en los 60 abarrotó al fuero comercial de la Capital y el problema tuvo que ser resuelto mediante la ley 16.732 que adoptó la solución del plenario.

VI) La atribución en 1968 del carácter de personas jurídicas a todas las sociedades civiles y comerciales (C. Civil art.33 ley 17711) siguiendo a la “*communis opinio*”.

IX

La ley de sociedades comerciales

Dicha ley constituye la principal estructura de nuestro ordenamiento societario aunque no lo agota porque además existen otras suertes de sociedad como la sociedad civil (C. Civil art.1648 y conc.), la sociedad de coparticipación naval (C. de Com. Libro III, ley 20.094 arts.183/192), la compañía minera (C. de Minería arts. 286/316, t.o. dec. 456/1997, ADLA LVII-C 1997 p.2979), la sociedad de garantía recíproca (ley 24.467 arts.32/82, ADLA LV 1995 p.2930) e inclusive creaciones fácticas como la sociedad de componentes (MARTORELL E.E. y NISSEN R.A., “*Las sociedades de componentes*” en “*Negocios parasocietarios*” p.151 Ad Hoc 1994 Bs. Aires).

Resaltaremos algunas notas de dicha normativa a saber:

1. Caracteriza a la sociedad como un contrato (LS arts. 4, 167 y concs.). No obstante en la escisión el acto constitutivo de una sociedad no es un contrato sino un acuerdo asambleario (LS art. 88).

Mediante dicho contrato se forma un fondo común aplicado a la producción o intercambio de bienes o servicios (LS art. 1) mediante una gestión común (LS arts. 68, 69, 131, 139, 145, 159, 234, 235, 316, 364) con un resultado común de participación en beneficios y pérdidas y finalidad lucrativa (LS art.1) o sea que se ajusta a la concepción tradicional del derecho latino.

2. Admite que las asociaciones adopten la forma de sociedad (LS art.3) y en consecuencia la utilización del negocio societario como negocio jurídico indirecto.

3. Califica como sujeto de derecho a todas las sociedades (LS art.2) excepto la sociedad accidental o en participación (LS art.361) incluyendo la salvaguarda de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (LS art.54).

4. Impone un régimen de instrumentación y registración (LS. arts.4, 5, 7, 167) a las sociedades cuyo objeto (LS art.11 inc. 3) importe la realización de actividades (LS arts.63-1-b-c, 64-I-a, 66) porque tales actividades conllevan el recurso al crédito y por ende no pueden realizarse subrepticamente por lo que mantiene la responsabilidad del socio oculto (LS art. 34).

5. Diversamente cuando el objeto de la sociedad no es realizar actividades sino operaciones determinadas y transitorias no se requieren requisitos de forma ni de registración (LS art.361) y puede haber socios ocultos (LS arts.362, 363).

6. Para la sociedad anónima retorna al régimen normativo del C.Com. de 1862 (LS art.167) aunque como resto del régimen de la autorización del C. Com. de 1890 cabe que la autoridad de contralor pida la intervención de una sociedad anónima en resguardo del interés público pudiendo llegarse hasta su disolución y liquidación (LS arts. 303 inc.2, 301 inc. 2).

5) Regula el grupo societario (LS art.33) con una normativa preventiva (exposición de la situación grupal en los estados contables LS arts. 62 párrafo 3ro, 63-1-b, 63-2-I-a, 64-I-b-8, 65-1-g, 65-2-c, 66-6; preservación del objeto LS art.31, del capital LS art.32, de la fiscalización privada y estatal de la sociedad anónima LS arts. 30, 286 inc.2, 299 inc.6) y punitiva (LS art.54) aunque algunas de dichas normas son aplicables a situaciones de control en las que no existe un grupo, pero no acepta al grupo de derecho por lo que se trata de una regulación parcial y no completa al estilo germánico o lusitano.

La regla de la LS art. 30 resultó disvaliosa al interpretarse en el sentido que las sociedades por acciones no pueden integrar una sociedad accidental o en participación (LS art. 361) lo que cerró el paso a la formación de joint ventures.

Por ello tuvo que ser excluída para los negocios de exploración y explotación petrolera (Ley 21.778 art.74) y finalmente la ley 22.903 introdujo como sucedáneo de la sociedad accidental o en participación al contrato de unión transitoria de empresas que por rescripto del legislador no constituye sociedad ni es sujeto de derecho (LS art.377) como ocurre con la agrupación de colaboración (LS art.367) cuya finalidad es diversa

pues se aproxima a la de la sociedad de empresas española de 1963 o a la del grupo de interés económico francés (este articulista, *“De los contratos de colaboración empresarial”*, R.D.C.O. 1983 Año 16, p. 861).

En consecuencia la LS ha respetado la manda del C. Com. de 1862 manteniendo el régimen de publicidad para el ejercicio del societario de una actividad económica y sancionando consecuentemente su práctica irregular (LS art.21) y la actuación del socio oculto (LS. art. 34).

Coetáneamente se modificó el régimen del Registro Público de Comercio (C.Com. ex art. 34, leyes 21.768 y 22.280) cuyas funciones en jurisdicción nacional fueron asumidas por la I.G. de Justicia (ley 22.315).

X

El proyecto de Código Unificado de 1998

Con relación a nuestro tema formulamos las siguientes observaciones:

1. Contratos asociativos en general

El Proyecto en el Libro Cuarto de los derechos personales Título III de los contratos en particular no regula al contrato de sociedad aunque sí en su Capítulo XV a los contratos asociativos.

Califica como contrato asociativo a *“todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fin que no sea sociedad”* (Proy. art.1333).

Obviamente se trata de contratos plurilaterales de organización a los que cabe la invalidez vincular (Proy. art. 1334) porque tal regla no sería aplicable a los contratos plurilaterales con intereses de satisfacción heterogénea como la delegación imperfecta del C.Civ. art. 814 ni a los contratos de participación que son bilaterales como la aparcería de la ley 13.246 art. 21 (este articulista *“Invalidez de actos societarios”* p.25 nro.5, Abaco 1978 Bs. Aires).

La caracterización del contrato de sociedad se formula en la Legislación complementaria art. 14 concerniente a la LS (*“Proyecto de C.Civil de la R. Argentina unificado con el C. de Comercio”*, pag. 608 Editor Abeledo-Perrot, 1999 Bs. As.) de la siguiente forma: *“Hay sociedad cuando dos o mas personas en forma organizada, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas”*.

En una primer lectura parece clara la diferencia entre un contrato asociativo (Proy. art. 1333) y un contrato de sociedad (Proy-LS art.1) pues el contrato asociativo no se configuraría si la comunidad de fines del mismo consistiera en el intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

Dicho de otra forma el contrato plurilateral con comunidad de fin sería asociativo sino se aplicara a una actividad empresarial lucrativa siendo en caso opuesto societario.

Empero la Nota de elevación del Proyecto desvanece esta simplificación pues allí se dice que se concibe al contrato asociativo *“como una figura muy abierta que deja lugar a las estipulaciones mas variadas que puedan aparecer en la vida comercial y económica de la comunidad”* y *“no se define exactamente el límite entre la sociedad y el contrato asociativo, dejando para la interpretación su calificación...”* (Nota de elevación, nro.216, p.82/83).

Sin embargo sería conveniente que quedara definido el límite entre el contrato asociativo y la sociedad porque las diferencias entre ambos son significativas pues el contrato asociativo no es sujeto de derecho (Proy. art.1333) pero la sociedad si lo es (Proy-LS art.2 inalterado).

Esto incide sobre la titularidad de los derechos y obligaciones en las relaciones con terceros, derechos y obligaciones que en el caso del contrato asociativo recaen sobre cada colaborante y en el caso de la sociedad sobre ésta. Las repercusiones son obvias. A ello se agrega que *“La existencia de un contrato asociativo excluye la invocación de sociedad entre sus contratantes”* (Proy. art.1335).

De aquí podría entenderse que la denominación que las partes den al contrato prevalece sobre la naturaleza del contrato, y si fuera así esto sería una excepción al Proy. art.1029 y contrario al criterio del actual C. Civil art.1326 considerado de gran trascendencia (LLAMBÍAS J. J. - ALTERINI A. A., *“Código Civil Anotado”* Tº III-A *“Contratos en General - Sociedad Conyugal - Compraventa”*, p.375, Abeledo-Perrot 1982 Bs. Aires).

Empero entre las partes tal temperamento no sería objetable por tratarse en definitiva de derechos patrimoniales disponibles.

El problema es distinto cuando se proyecte frente a terceros pues: *“También la (dicha invocación) excluye respecto de los terceros que conocían el contrato y es presunción contraria a la existencia de la sociedad respecto de otros terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual”* (Proy. art. 1335).

Esto significa que si varias personas actuaran ante terceros en sociedad pero calificando su relación como contrato asociativo para un acreedor conocedor del contrato los bienes aplicados a su cumplimiento serían de cada colaborante.

Diversamente:

- 1) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos anteriores a la fecha cierta del vínculo contractual los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían de la persona jurídica societaria (Proy-LS art. 2 inalterado).
- 2) Para un acreedor ignorante del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual, el contrato sería una presunción contraria a la existencia de la sociedad.

Esta es una presunción juris tantum porque si fuera juris et de jure carecería de razón la diferencia entre acreedores conocedores del contrato y acreedores ignorantes del contrato con vínculos posteriores a la fecha cierta del instrumento contractual.

Por lo tanto este acreedor podría desvirtuar la presunción y consecuentemente los bienes aplicados al cumplimiento del contrato serían para él de la persona jurídica societaria (Proy-LS art. 2 inalterado).

Vale decir que podrían darse situaciones en las que para unos acreedores los bienes fueran de cada colaborante y para otros de la sociedad.

Tratándose de cosas implicaría el dominio simultáneo de dos dueños configurando una excepción al clásico carácter exclusivo del dominio (Proy. art.1884).

Quizás sería una mejor solución dejar para la *“labor creativa y dinámica de la actividad económica moderna”* (Nota de Elevación nro.216, Editorial Abeledo-Perrot

pub. cit. p.83) el amplio campo de la libertad contractual (Proy. art.913)) y convencional (Proy. arts.964/965) suprimiendo al real obstáculo constituido por la LS. art.30.

2. Negocio en participación

Dicho negocio es caracterizado (Proy. art. 1338) de forma similar a la presente sociedad accidental o en participación (LS art. 361) pero mientras actualmente es un negocio societario forjado mediante un contrato plurilateral pasa a ser un negocio parciario surgido en principio de un contrato de cambio.

Hoy es un contrato societario porque sus normas supletorias son las de la sociedad colectiva (LS art.366) o sea que todos los socios deciden conforme a la LS. arts.131 y 132 (NISSEN RICARDO A., “*Ley de Sociedades Comerciales*”, Tº 3 p.379 nro. 667, Depalma 1985 Bs. Aires).

Según el Proyecto pasa a ser un contrato parciario porque la gestión del negocio corresponde exclusivamente al gestor y el partícipe sólo tiene derechos de información y rendición de cuentas (Proy. art. 1341) al estilo de la asociación en participación del Código Civil italiano arts. 2549, 2552.

En el derecho italiano la asociación en participación es considerada prevalentemente como un contrato de cambio (CIAN TRABUCCHI, “*Commentario breve al Codice Civile*” p.1699, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani 1984 Padova).

El criterio no se presenta como desacertado porque aun cuando un “*associante*” tenga varios “*associati*” el vínculo se establece entre el “*associante*” y cada “*associato*” pero no entre los “*associati*”.

3. Agrupación de colaboración y U.T.E.

El Proyecto reproduce en general a los textos vigentes (Proy. arts.1343/1359; LS arts.367/383) aunque elimina el requisito de que sus partícipes sean empresarios o sociedades comerciales (Nota de elevación p.83) y resuelve las consecuencias de la falta de inscripción (Proy. art.1360) actualmente indefinidas (este articulista “*Informalidad y exorbitancia en los contratos de colaboración empresarial*”, E.D. Tº 152 p.117).

4. Reformas a la ley de sociedades

El Proyecto siguiendo las huellas de sus antecesores el Código Unico vetado de 1991 (ley 24.032, decreto 2719/91) y los dos Proyectos de 1993 ubica a la LS en extramuros dentro de la legislación complementaria.

Mantiene el concepto actual de sociedad (LS art.1) pero suprimiendo “*conforme a uno de los tipos previstos en esta ley*” (Proy-LS art.1; LS art.1).

Ello es así porque la LS deja de ser una ley de sociedades comerciales para convertirse en una ley de sociedades en general con variantes en el presente elenco societario y así:

1) La sociedad innominada (Proy-LS art. 21) reemplaza a las sociedades atípicas (LS art. 17), de hecho con objeto comercial y de tipo autorizado que no se constituyan regularmente (LS art. 21), todas las que son plenamente válidas teniendo las irregulares la posibilidad de subsanación (Proy-LS art. 25 parte 2da).

2) Desaparece la sociedad accidental o en participación (LS art.361) de alguna manera sustituida por el negocio en participación (Proy. art. 1338).

3) Es suprimida la sociedad civil (C. Civil art. 1648) por cuya permanencia se había abogado (VIDELA ESCALADA, F. “*Vigencia permanente de las sociedades civiles*”, ED T° 164, p. 957) aunque se introduce el principio de responsabilidad viril del C. Civil art. 1747 pero sin el contrapeso del C. Civil art. 1751 (Proy-LS art.24).

Entre las modificaciones del Proyecto al régimen societario que mas se apartan de las pautas mantenidas hasta el presente desde el C. de 1862 hasta la LS cabe señalar a:

1) La sociedad capitalista unimembre (Proy-LS art. 1) solución acorde con la realidad de las filiales y que si bien resulta herética respecto de la sociedad-contrato prevista en el C. Com. 1862 art. 387, el C. Com. 1889 art. 282 y la LS arts. 1, 4, 5, 167 no lo es con relación a la sociedad-persona (Proy-LS art. 2 inalterado) pues hay personas jurídicas sin miembros partícipes como las fundaciones (Proy. art.183).

Una cuestión distinta consiste en determinar si tales sociedades unimembres requieren un estatuto especial (ANAYA J.L., “*Sociedades inicialmente unipersonales*”, E.D. T° 124, p. 738 nro. 5; SUÁREZ ANZORENA C., y VEIGA J.C., “*El proyecto de unificación y el universo jurídico societario*”, L.L. T° 1987-E p. 1005 nro. 17.3.A) o no (este articulista “*Tendencias reformistas del régimen societario....*” E.D. T° 164 p. 964).

Cabe anotar que bajo la vigencia del C. de Comercio los maestros Yadarola, Satanowsky y Malagarriga sostuvieron la viabilidad de la sociedad anónima de accionista único; los primeros aceptando su constitución mediante un negocio jurídico indirecto y el último afirmando que el requisito de diez accionistas (C. de Com. ex art. 318) sólo procedía para la constitución (este articulista “*Accionista único*”, R.D.C.O. 1968 Año 1, p. 295 V).

2. La sociedad innominada que es la no constituida de acuerdo a alguno de los tipos del Cap. II de la LS (Proy.-LS arts.17, 21 1ra parte) y que puede destinarse a la producción o intercambio de bienes o servicios (Proy-LS art.1) pues no tiene restricciones en su objeto a diferencia de lo que ocurre con la sociedad simple del C. Civil italiano art.2251 a la que esté vedado tener por objeto una “*attività commerciale*” (C. Civil italiano art. 2249).

El contrato de esta sociedad innominada no debe inscribirse aunque si su disolución y liquidación (Proy. art. 298 inc.b in fine inc.c).

Además los socios responden frente a los terceros como obligados simplemente mancomunados y por partes iguales salvo salvo estipulación expresa (L.Proy-LS art.24) ello sin la contrapartida del actual C. Civil art. 1751 que se deroga con dicho Código, lo que permite regular la responsabilidad a voluntad.

No será necesaria registración alguna para ejercer societariamente sin responsabilidad solidaria una actividad económica (Proy. art. 298 inc.c).

Aquí naufraga el principio de la publicidad requerido por el C. Com 1982, el C. Com. 1890 y la LS para comerciar (hoy se dice para el ejercicio regular de una actividad económica organizada Proy. art. 302 o especial Proy. art. 297 mediante la inscripción en el Registro homónimo) en sociedad, principio cuya razón de ser es garantizar la

buena fe en el tráfico mercantil (FONTANARROSA R. O., D. “*Comercial Argentino*” (P. G.) p. 307 nro. 235, Zavalía Bs. As. 1967).
Esto debe repensarse. Buenos Aires, Julio de 1999.

Julio C. Otaegui