

**María Cristina Mercado de Sala  
María del Carmen Unani de Tosello  
Efraín Hugo Richard**

1. En toda consideración que se formalice de un sistema legal o de las figuras jurídicas que contiene, debe partirse de la base de que es necesario interpretar integralmente la ley. No podemos pretender que el autor de nuestro Código de Comercio, y/o los autores de las leyes que los reformaron, hayan tenido una visión de nuestra realidad actual, más aún con la vertiginosidad con que la vida moderna va dejando conceptos que, hasta hace poco, eran válidos. Consideramos imperativo al intérprete el intentar, al menos en épocas de transición, y hasta tanto el derecho se adecue por vía de nuevas leyes a la realidad, extraer de las normas vigentes las soluciones que armonicen con tal sistema.

2. Lo precedente no es nada más que una reiteración de lo expresado en oportunidad del Primer Congreso de Derecho Societario, realizado en La Cumbre (agosto 1977), cuando algunos de los suscriptores de esta ponencia sosteníamos que "sin perjuicio de considerar conveniente el estudio y dictado de normas que regulen el agrupamiento transitorio de las actividades empresarias", cabe afirmar que el agrupamiento de sociedades a través de las mal llamadas "sociedades" accidentales o en participación, exteriorizadas o no, no se encuentra condicionado por el art. 30 L.S.

Creemos que la Ley de Sociedades está inspirada en un criterio de flexibilidad que protege y favorece los negocios de tipo asociativo. A simple vista, no encontramos razón para preferir "importar" (para no escapar a la mentalidad de moda) figuras jurídicas, que no sólo provienen de sistemas jurídicos totalmente dispares con el nuestro, sino que utilizan denominaciones comunes a varios negocios jurídicos, lo que impide alcanzar la verdadera naturaleza jurídica de los mismos. No haría más, nos preguntamos, a la seguridad jurídica aplicar normas propias (que emanan del Código Civil y de la Ley de Sociedades, reconociendo su insuficiencia) que "crear" figuras no del todo conciliables con nuestro derecho?

3. La Ley de Sociedades ha regulado la sociedad como instrumento jurídico de la actividad productiva de cierta permanencia y —en cambio— ha dado amplia libertad en la estructuración de las relaciones accidentales, aun las asociativas, las que, por tanto, no caen dentro del art. 30 L.S.

Al regular las "sociedades" accidentales o en participación, las mantiene al margen de la normativa general contenida en dicho texto, aplicable a las sociedades, razón por la que le niega personalidad jurídica y, consecuentemente, los atributos propios de una imputación diferenciada, tal es la existencia de un patrimonio autónomo, carencia de denominación, y sin someterla al control judicial de constitución.

La caracterización del instituto, según el art. 361 L.S., aleja toda posibilidad de aplicación de los elementos caracterizantes de toda sociedad comercial, contenidos en el concepto del art. 1º L.S., fundamentalmente aquellos que se refieren a la tipicidad y a la existencia de una organización que trascienda a los terceros —inclusive de hecho—. Reiteramos nuestra convicción de que la transitoriedad del objeto y la accidentalidad del vínculo es lo que hace a la esencia de las mal llamadas "sociedades" accidentales o en participación, y no la clandestinidad de la relación. Transitoriedad que tiene vigencia respecto al objeto de este negocio jurídico que, a su vez, va a estar relacionado y limitado por el objeto de las sociedades por acciones intervinientes.

Tanto la doctrina como la Exposición de Motivos (que no integra la ley, sino que comprende expresiones de sus redactores) subrayan como característica esencial el de ser "ocultas"; sin embargo, lo dispuesto por los arts. 361 y 363 L.S. y la posibilidad de más de un gestor (362 L.S. primera parte), hacen pensar lo contrario. Consideramos que el ser, o no, oculta repercute en una extensión, o no, de responsabilidad al no gestor y no en otro tipo de sanción. Mientras que si por el contenido admitiéramos que se trata de una verdadera sociedad, con el alcance de la misma en la Ley de Sociedades, tendríamos que pensar en una sanción de nulidad, al estar las sociedades por acciones incapacitadas para formar parte de sociedad que no sea por

acciones (art. 30 L.S.).

4. Para fundamentar nuestra posición, y continuando con la postura adoptada en el Congreso de La Cumbre, traemos en esta oportunidad algunas reflexiones sobre las concentraciones empresarias, acudiendo al derecho comparado, tomando como referencia la legislación francesa, que muy recientemente sufrió una verdadera metamorfosis al regular las sociedades en participación.

No es nuestra intención hacer un estudio profundo sobre el tema, sino, simplemente, rescatar aquellos cambios que nos resultan clarificadores para sostener nuestra posición. Para el legislador francés la revelación de la sociedad en participación ya no la convierte en una sociedad de hecho o irregular, por haber perdido su carácter de entidad no ostensible, como surgía del derogado art. 421 de la Ley de Sociedades comerciales de 1966.

La sociedad en participación, ahora incorporada al texto del Código Civil Francés, en su art. 1872 dispone que los partícipes pueden obrar "en calidad de socios frente a terceros". Si no es más de su naturaleza jurídica el de ser oculta, en cambio, subsiste uno de sus rasgos característicos que recuerda el art. 1871-1 del Código Civil Francés al disponer que no es una persona jurídica. "La divulgación de la sociedad, aún por la publicidad de su constitución en un diario de anuncios legales, le confiere la personalidad jurídica, de la cual no puede gozar sino mediante la matriculación..."(Guyenot, J.P., "Las Metamorfosis...", traducción del Prof. Dr. Belluscio, A.C., La Ley, Marzo 1979, N° 60).

En el nuevo derecho francés los partícipes quedan obligados por los actos otorgados por uno de ellos en calidad de socios con solidaridad si la participación es comercial, sin solidaridad en los demás casos.

De este comentario aducimos que si el carácter de "oculta" fuera realmente esencial, la manifestación a los terceros debería redundar en otra consecuencia, y no solamente en la extensión de la responsabilidad solidaria. La accidentalidad o transitoriedad del objeto basada en la realización de una o más operaciones determinadas, es la que distingue este negocio asociativo de las sociedades de hecho o de otras formas societarias de mayor permanencia.

En la ley francesa del 4 de enero de 1978 (que incluyó la sociedad en participación en el Código Civil), si bien se ha dejado la clasificación de las "sociétés momentanées", reguladas por el antiguo artículo 48 del Código de Comercio francés, tanto la ley de 1966 como esta de 1978 hacen desaparecer toda restricción textual al respecto, enunciando, por el contrario, que los socios reglamentan libremente las condiciones de su asociación. En efecto, el párrafo segundo del art. 1871 dispone que "los socios convienen libremente el objeto, el funcionamiento y las condiciones de la sociedad", rescatándose así para este tipo de negocio la posibilidad de que sirva de marco ideal para que los partícipes acomoden su unión a un objetivo momentáneo duradero según para el cual fue constituida.

En el comentario del Prof. Guyenet, mencionado más arriba, el autor expresa lo siguiente: "La sociedad en participación a la cual se asimila la agrupación momentánea de empresas, se forma entre socios que persiguen un objeto social con un interés común. Pero, a diferencia de los socios de las sociedades civiles y de las otras formas de sociedades, los partícipes no realizan el objeto social bajo el manto de una personalidad jurídica, pues ni la sociedad en participación, ni la agrupación momentánea de empresas, están dotadas de dicha personalidad...". "Puede establecerse por análisis de las analogías y de las diferencias con otras formas de agrupaciones no dotadas de personalidad jurídica o dotada de una personalidad ambigua, que la sociedad en participación se inserta entre los contratos de cooperación interempresaria como una de las formas institucionales, si no nuevas, al menos renovadas y adaptadas a esta función económica contemporánea".

Sin pretender injertar en nuestra legislación nacional figuras como las que puedan estar reguladas diversamente en otros ordenamientos, hemos efectuado estas consideraciones para dar aún mayor consistencia a aquellos de "accidental o meramente transitorio" del negocio en participación, y que, a diferencia del legislador francés, el nuestro ha sido aún más preciso, no dándoles a los partícipes una amplia libertad en cuanto a desarrollar y a tiempo para lograrlo, sino que, por el contrario, establece expresamente que "su objeto es la realización de una o más operaciones determinadas y transitorias...", lo que despeja toda duda al respecto.

5. En atención a lo expuesto, no coincidimos con algunas de las apreciaciones del Dr. Halperin ("Sociedad Anónima, Sociedad en Participación y Joint Adventure", R.D.C.O., Año 6, 1973, pág. 139), respecto a la imposibilidad del accionista de controlar la sociedad en la cual participa la sociedad de que es socia. Pensamos que no se trataría de participar en una sociedad, sino en una figura jurídica que pertenece a la categoría de los negocios parciarios de tipo asociativo. Por otro lado, debemos reconocer que el simple accionista (considerado aisladamente como tal y no en su relación con el capital que representa o los privilegios acordados que lo pueden tornar el mayoritario y o factor determinante en la formación de la voluntad social) en las sociedades por acciones actuales poco puede controlar la administración social, a pesar de la vía indirecta reconocida por la ley, en una época en que el poder de los administradores y la dificultad de control integral por la sindicatura, estén probados. Luego, no sería mejor favorecer, a través del reconocimiento de la posibilidad de la realización de los negocios parciarios, la publicitación de los mismos? Las dificultades de control valen tanto para las llamadas "sociedades" en participación como para cualquier negocio complejo, y más aún para la participación en otras sociedades por acciones.

Incluso, al no ser esencial el carácter de oculto, no tiene por qué presentarse al síndico sólo el resultado del negocio, sino todo el desarrollo del mismo, lo mismo vale para los accionistas y órganos de fiscalización privada o estatal. No vemos por qué necesariamente se eludiría el sistema de control instrumentado por la ley, ya que al figurar en el balance de las sociedades por acciones, sería objeto del mismo y de su documentación. Al no tratarse de una sociedad, tampoco se induce la calidad de socio de la sociedad por acciones y, por lo tanto, en el extremo caso de quiebra del gestor, no se provocaría la de la sociedad por acciones socia del mismo, salvo por las propias responsabilidades asumidas.

Tampoco coincidimos con el maestro en su apreciación respecto a que al utilizarse los acuerdos de colaboración entre empresas, se está "utilizando un sistema a todas luces violatorio del régimen legal". Dice que "si se presentan como socios (nosotros no los llamaríamos tales) tendremos una sociedad de hecho, ya que la accidental es oculta". Conforme a lo ya manifestado, podemos agregar que no estaríamos en presencia de una sociedad de hecho (arts. 21 y 55), ya que para serlo no debería existir instrumentación alguna del acuerdo, y, en el caso señalado por el Dr. Halperin ante la administración pública, siempre se presentarán a través de un instrumento en donde se establezcan las bases para la colaboración empresaria. Cabe preguntarse qué diferencia habría entre una sociedad de hecho y una "sociedad" en participación? El punto es fundamental en cuanto a la responsabilidad y la respuesta debe ser la "accidentalidad", pues, si el vínculo es permanente, se estaría frente a una sociedad de hecho. Aún oculta —si seguimos al Prof. Halperin— bastaría probar por cualquier medio —art. 25. L.S.— el vínculo para hacer responsable al socio oculto, lo que eliminaría la diferencia entre sociedad de hecho y "sociedad" accidental, conclusión que rechazamos.

6. Lo expuesto nos lleva a concluir, como lo dijéramos "ab-initio", que el art. 30 L.S. en una interpretación integral, aun de tipo literal, no alcanza a las mal llamadas "sociedades" accidentales o en participación, y —por lo tanto— la sociedad por acciones puede formalizar participaciones en las mismas.