

EN TORNO AL SUB SISTEMA SOCIETARIO

EFRAÍN HUGO RICHARD

PONENCIA

Es necesario reformular el sistema: distinguiendo entre la sociedad-contrato, concepción de sociedad en sentido lato, propia de los contratos asociativos o de participación, y la de la sociedad-sujeto, que refiere al concepto de sociedad en sentido estricto, conforme los actuales arts. 1648 del Cód. Civil y 1º de la Ley de Sociedades.¹

Parece que el método impone derivar las relaciones contractuales, incluso a los *Contratos Asociativos en sentido lato* al Cód. Civil, donde se registren las normas en torno a los contratos plurilaterales funcionales² y al acto colectivo colegial necesario para ciertos contratos de organización, con normas en torno a su formación e impugnación.

En un subsistema especial (ley o parte de un Cód.) debería unificarse la regulación de la sociedad como medio técnico de personificación (institución jurídica), disminuyendo las zonas grises y la excesiva rigurosidad del iter constitutivo, la irregularidad y la atipicidad.

FUNDAMENTOS

Esta comunicación no pretende —pero no descarta— ser discutida como ponencia. La pretensión es expresar algunas meditaciones reflejadas en anteriores Congresos o Anteproyectos, que imponen una toma de posición para enfrentar la interpretación del subsistema societario o encarar su reforma.

¹ Ésta ha sido nuestra preocupación central desde la preparación del libro *Sociedad y contratos asociativos*, Zavalía.

² Nomenclatura que hemos adoptado en trabajos anteriores con la adhesión del Profesor Juan M. Farina en *Contratos comerciales modernos*, Astrea, Bs. Aires, septiembre 1993.

1. Política legislativa

La "sociedad" importa dentro del sistema normativo una técnica de organización de la actividad económica, con simplificación de las relaciones a través de un subsistema por medio de la imputación al patrimonio escindido por los constituyentes para formar el capital del nuevo ente. La "sociedad" dentro de nuestro derecho implica el medio de utilización de la técnica jurídica de "personificación".

En el derecho societario se mezcla —como señalaba Ascarelli— la vinculación de la sociedad al contrato constitutivo de sociedad³, aunque se reconozcan los efectos especiales del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, a través de un patrimonio y no de una mera comunidad en mano común de los bienes.

Lo concerniente a los contratos de organización implica ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio.

La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la atribución de responsabilidad, son técnicas diversas dentro de un método de cambio o de mercado. Pero cuando existe una sociedad, esa relación aparece influenciada por la interacción no sólo de la sociedad, sino de los administradores, socios y terceros. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización.⁴ Señalamos esta cuestión en recientes ponencias.⁵

El tema está íntimamente ligado a como se organiza un sistema jurídico, sea en un sistema de mercado —contratos de cambio—, o en un sistema de empresa, que halla su expresión en las diversas formas asociativas.⁶ Esta es la razón de la evolución del sistema societario y de los contratos de participación en la última centuria, y la dificultad en la separación de normas contractuales de las de organización. Los problemas

³ Ese problema ya lo marcaba hace muchos años Ascarelli, al señalar la complejidad del problema donde se mezclaban los problemas de los contratos en la relación constitutiva con el derecho de las personas en el funcionalismo de la sociedad.

⁴ Cfme. ANGELICI, Carlo: *La società nulla*, Giuffrè, Milán, 1975, p. 88.

⁵ A las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Bs. Aires, 30 de junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la Universidad Notarial Argentina, en Comisión de estudio n° 3: "El derecho del consumidor", comunicación denominada *Las sociedades y la alteración en forma habitual de los derechos del consumidor*, y al Congreso Internacional organizado por la Asociación de Abogados: 1er. Congreso Internacional Interdisciplinario "La Justicia y la Abogacía frente al Siglo XXI", realizado en Buenos Aires, 14, 15 y 16 de septiembre de 1994, presentado a la Comisión sobre "Nuevas formas en las relaciones societarias: Unión transitoria de empresas, *joint ventures*, acuerdos de colaboración, sociedades mixtas, grupos societarios". Punto 7.3., bajo el título *La organización asociativa en Argentina*. Particularmente como relator-coordinador en el IV Congreso Internacional de Daños, Buenos Aires abril 1995, asumiendo el tema "El fraccionamiento de la responsabilidad frente al consumidor y terceros a través de los contratos de colaboración".

⁶ GUAL DALMAU, María Asunción: *Las cuentas en participación*. Civitas. 1ª edic., 1993.

terminológicos en cuanto al empleo de la palabra "sociedad" en sentido amplio o estricto.⁷

La formación aluvional⁸, sucesiva, fragmentaria, en diversas épocas, no sistemática, generada a través de la continua y necesaria adaptación a los requerimientos de los agentes económicos ha dado lugar en torno a los contratos de colaboración y a las sociedades a un sistema a veces contradictorio, aunque justificado por la visión progresista de los autores ante el inmovilismo de la legislación central.

La concepción contractualista (método de cambio) fue imponiendo cambios normativos paulatinos, no estructurales, que dificultan una visión global del problema.

Para entender la situación actual del Derecho Societario y tomar partido, se hace necesario formular un sistema. Una labor es distinguir entre la sociedad-contrato, que refiere a una concepción de sociedad en sentido lato, propia de los contratos asociativos o de participación, y la de la sociedad-sujeto, que refiere al concepto de sociedad en sentido estricto, conforme los actuales arts. 1648 del Cód. Civil y 1º de la Ley de Sociedades.⁹

La aparente rígida tipicidad imperante en la ley 19.550 —y en otras que siguen similar sistema de tipicidad societaria cerrada—, con la sanción severísima de la nulidad (maguer el principio de la conservación de la empresa), aparece hoy como excesivamente riguroso y seguramente antifuncional.¹⁰

La dificultad en el tema radica en la adaptación de las normas clásicas sobre nulidades previstas para los actos jurídicos unilaterales o bilaterales¹¹, al negocio constitutivo de sociedad de característica plurilateral y más aún a la sociedad operando, sujeto de derecho.

2. La organización asociativa en Argentina¹²

Nuestro país necesita de un crecimiento sostenido, fundamentalmente de radicación de fábricas, sin perjuicio de las empresas de servicio o las inversiones financieras.

⁷ Sobre el punto puede verse nuestro *Organización Asociativa*, Zavalía, Bs. Aires julio 1994, donde esbozamos las corrientes doctrinarias como la de GIRÓN TENA, y los sistemas normativos basados en el sistema suizo o en el español.

⁸ Cfme. PAZ-ARES, Cándido: "Ánimo de lucro y concepto de sociedad", *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Civitas, 1991, pp. 729 y ss.

⁹ Ésta ha sido nuestra preocupación central desde la preparación del libro *Sociedad y contratos asociativos*, Zavalía, Bs. Aires, 1987.

¹⁰ CÁMARA, Héctor. *Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903*, Depalma, Bs. Aires, 1985, Cap. III, "Sociedad entre cónyuges en el derecho argentino", p. 79. Este distinguido maestro argentino ha desaparecido recientemente del mundo de los vivos pero nos sigue impregnando de sus ideas.

¹¹ HALPERÍN, Isaac, "El régimen de nulidad", *R.D.C.O.*, 1970, p. 545.

¹² Enfrentamos un campo sumamente vasto con conceptos sintéticos, por lo que

No estimulan a ello una Ley de Sociedades rígida, o una peligrosa legislación en cuanto a *joint venture* contractual¹³, con el riesgo de calificación como sociedades de hecho, irregulares o atípicas y normas que quitan valor al contrato, lo que limita estructurar contratos atípicos.¹⁴

La respuesta de la jurisprudencia cautelar es simple: el "joint venture contractual" o es organizado como sociedad típica, con un exceso en el medio, o se rotula un contrato atípico bajo el signo protector de los dos contratos típicos y se inscribe, entendiendo que la norma que regulariza a las sociedades (art. 7° LS) sería aplicable, lo que es opinable.

Atendiendo las reflexiones de la doctrina—que recoge las preocupaciones de los agentes económicos, las experiencias del derecho comparado y las deliberaciones en eventos académicos—, particularmente detectadas en el "I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa"¹⁵, se formulan algunas reflexiones en esta y concatenadas comunicaciones al II Congreso conforme los objetivos de estos eventos académicos.

3. Contrato y sociedad¹⁶

Cada vez más se desvincula la sociedad del acuerdo o contrato constitutivo¹⁷, reconociendo los efectos especiales del nacimiento de un nuevo sujeto de derecho, a través de un patrimonio y no de una mera comunidad en mano común de los bienes, de una cierta impermeabilidad patrimonial de los intervinientes por las obligaciones asumidas por el patrimonio social, de la concepción de órganos de gobierno cuya actuación es imputable a la sociedad y del principio mayoritario para resoluciones colectivas colegiales.

La referencia a una formación aluvional no es sino una alabanza a quiénes la gestaron en el año 72 y la reformaron en el año 83, sino en reconocer que los grandes

para su mayor fundamentación remitimos a nuestro *Organización asociativa* ob. cit. Nos excusamos de alguna idea sumariamente desarrollada ante la limitación material de las ponencias (1,5 pp. a doble espacio).

¹³ Cuando dos o más empresas deciden mantener sus propios negocios pero quieren desarrollar un negocio en común, nuestra legislación sólo brinda el Agrupamiento de colaboración empresarial y la Unión Transitoria de Empresas, desbordadas en su uso por las limitaciones que imponen.

¹⁴ La Ley de Hidrocarburos lo entendió así y declaró inaplicables ciertas disposiciones de la ley argentina de sociedades.

¹⁵ Realizado el año 1992 y del que se editaron 6 tomos. Córdoba, 1992 a 1994. *Advocatus*.

¹⁶ Sobre el punto puede verse un mayor desarrollo en trabajos citados en notas anteriores.

¹⁷ Ese problema ya lo marcaba hace muchos años Ascarelli, al señalar la complejidad del problema donde se mezclaban los problemas de los contratos en la relación constitutiva con el derecho de las personas en el funcionalismo de la sociedad.

cambios en esta materia no fueron receptados en el Cód. Civil, sino a través de la Ley de Sociedades Comerciales, por lo que esa ley resulta un correcto receptáculo de esos progresos. Pero al mismo tiempo hace falta reconocer¹⁸, ante los nuevos intentos de formular un sistema unitario de derecho privado, esa situación para hoy afrontarla metodológicamente:

a) La Ley de Sociedades 19.550 creó una verdadera "parte general" en el tema de sociedades, que no posee el sistema civil, ya que Vélez Sarsfield trató a ésta como a un contrato más según las doctrinas prevalecientes en la época¹⁹, pues el derecho societario es algo más complejo que el contractual de cambio; hay en él un sistema coordinado y gradual de normas.²⁰ Pero al incorporar la ley 22.903 los contratos de colaboración empresaria no se introdujo ninguna otra parte general, generándose dudas sobre las normas aplicables.

b) El art. 16 LS introdujo la noción del contrato plurilateral. Siguió así al Cód. Civil italiano, que en la teoría de los contratos plurilaterales de finalidad común fijó efectos especiales ante la nulidad vincular, el incumplimiento o la resolución parcial.

Nuestra Ley de Sociedades lo incorpora para las relaciones de más de dos socios, pero al mismo tiempo no afecta el vínculo devenido unipersonal, como atisbo de la institucionalización de la personificación jurídica (interacción entre los arts. 16, 93 y 94.8 LS), y recepción de un método o sistema de empresa.

c) El problema de la "nulidad de la sociedad" operan una vez que la misma está inscrita²¹, por cuanto los problemas anteriores se refieren a nulidades del acto o contrato constitutivo de sociedad, no aclarándose el efecto y se pensó en uno diferencial que sería *ex nunc*. No se distinguió que es el mismo de la teoría general (*ex tunc*) sobre la relación contractual, pero sobre la persona jurídica—que no es contrato y constituye una institución jurídica—, sólo impone disolución, un efecto de futuro (*ex nunc*).²²

d) La llamada disolución *ipso jure*, de pleno derecho, u *ope legis*, son efectos pensados en relación a la invalidez absoluta, que no pueden ser trasladados directamente al campo societario, configurando simplemente causales de prueba que siempre deben ser invocados por parte interesada o legítimada para promover la disolución.

e) La teoría de la inoponibilidad de los actos jurídicos no puede derivar en la desestimación de la personalidad ni a la inoponibilidad de la personalidad. La desestima-

¹⁸ Todos los proyectos de unificación lo reconocieron, al igual que el Anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades y Contratos de Colaboración Empresaria, como lo tenemos comentado en "Organización asociativa" citada.

¹⁹ ETCHVERRY, Raúl Aníbal: "Derecho comercial y económico", *Formas jurídicas de la organización de la empresa*, p. 17. Astrea.

²⁰ Cfr. BERTINI, A.: *Contributo allo studio delle situazioni giurídica degli acionisti*, n° 10, Milán, 1951.

²¹ Cfme. FERNÁNDEZ RUÍZ, José Luis: *La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español*, Civitas. Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, 1991, p. 20.

²² El tema está bien resuelto en la legislación uruguaya, ley 16.060, arts. 26, 28 y 29.

ción, como la nulidad absoluta, impone la previa disolución de la sociedad para proteger los derechos de los terceros de buena fe. La inoponibilidad sólo implica efectos de desimputación o de imputación, o de responsabilidad, que tampoco pueden afectar los derechos de los terceros. La desestimación, como la nulidad absoluta, impone el procedimiento institucional previsto en la ley: la liquidación del centro imputativo y la anotación en el Registro de esa extinción (art. 112 LS). Es el supuesto por el que se hace responsable en el "grupo de hecho calificado" a la empresa dominante ante los acreedores de la dominada, quedando obligada a compensar las pérdidas de la última sociedad y en determinadas circunstancias a responder ante los acreedores de la misma por las deudas sociales.²³

f) La original inclusión de la sociedad accidental dentro de la Ley de Sociedades reviste una falta de distinción entre las relaciones participativas personificadas y no personificadas, contractuales, sin distinguir entre sociedad en sentido estricto y sociedad en sentido amplio, no siempre personificada.²⁴

g) La aplicación del art. 30 LS fue interpretada en forma amplia a todas las figuras "societarias", sin distinguir las personificantes o contractuales. Ante la invocación de supuestas limitaciones en el derecho norteamericano, corresponde recordar que las *corporations* pueden ser socias de un *joint* y no de una *partner que puede ser declarada en quiebra, un joint* no, y puede tener titularidad de inmuebles.²⁵

h) Ante esa dificultad en determinar que es sociedad, muchas legislaciones optan por no definir y aceptan como personas jurídicas sólo a las sociedades típicas (incluso sólo a ciertas sociedades típicas), manteniendo nuestra legislación un sistema dual: art. 1º exige la tipicidad y una actividad que puede hacer suponer la necesidad de explotar una hacienda operativa, lo que se descarta en el art. 31 con la sociedad de mera administración, y con la aceptación de la personalidad de las sociedades irregulares y de hecho (arts. 21 y 26 LS), pese a que resta oponibilidad al contrato incluso entre las partes e imputa directamente a los socios sus obligaciones (art. 23).

i) No se acepta la unipersonalidad constitutiva—propia de un sistema de empresa—, pero se la acepta indirectamente en la escisión división creación, en la declaración testamentaria o voluntad de cónyuge supérstite para la empresa familiar, y en el acuerdo concursal, y también en el acto colegial colectivo de la constitución por suscripción pública.

²³ Ver GABELEIN, W.: "¿Fin de la responsabilidad limitada en el grupo?". Sentencia del TS alemán, en el caso Video, GmbH-R, 1992, 5, pp. 273/5, donde el autor se enfrenta críticamente con la consecuencia de la eliminación del "límite" de responsabilidad característica del tipo, citada en *Revista de Derecho de Sociedades*, año 1, 1993 n° 1, Aranzadi, Pamplona, p. 294.

²⁴ Sobre el punto ver nto. *Organización asociativa*, cit.

²⁵ FABIER DUBOIS, Eduardo: "Uniform partner ship Act", *Errepar DSE TV*, p. 10. En caso de duda se debe considerar que es un *joint* y no una *partner* "Shell Oil Co: vs. Prestidge".

j) La incorporación de los contratos de colaboración empresaria a la Ley de Sociedades significa un avance ante el inmovilismo del Cód. Civil, pero implica un método cuestionable que hace dubitar en que normas se aplican a cada uno de ellos, y si el mismo concepto de tipicidad rige para esos contratos en caso de falta de inscripción, o de atipicidad si rebalsa su objeto al previsto por la ley. Como justamente se trata de constituir estos contratos e inscribirlos para dar seguridad jurídica, aunque el objeto pretendido sea más extenso y atípificante, las normas impositivas impusieron que — cuando exista el desborde— se las tratará como persona. No existe una personificación impositiva de esos contratos estrictamente cumplidos, sino una respuesta pragmática y económica a la atipicidad jurídica de la actividad a través de esos contratos.

4. *Posible método de trabajo*

Esa evolución y construcción fragmentaria que anticipamos y hemos descripto marca justo el nudo de la inflexión doctrinaria: abarcar todo el esquema con un concepto amplio de sociedad, que comprenda inclusive a los contratos de colaboración empresaria, dentro de los que se reconocerían ciertos tipos personificados de sociedad —como el original sistema alemán y suizo—, o ajustar el concepto de sociedad en forma estricta a las formas personificadas, sin perjuicio de reconocer que el contrato constitutivo de esas personas, cuando fuera tal, estaría dentro de los contratos asociativos que se regularían como un género —como el sistema español, francés o italiano—. ²⁶

²⁶ Cfme. nuestro *Organización asociativa*, cit.