

Efraín Hugo Richard

PROPUESTA

Nada obsta hoy a la unificación del derecho privado y de las normas sobre las sociedades.

Pero la cuestión debe iniciarse sobre el tratamiento de las relaciones de organización y de las técnicas para generar centros imputativos.

Afrontar la cuestión permitir fijar criterios normativos para la personificación de determinadas relaciones y asegurar la libertad para perfeccionar contratos participativos y de colaboración, simplificando el sistema societario.

De este Congreso podrían surgir algunas pautas en tal sentido, sobre las que se sugieren algunas bases para el análisis.

I. OBJETIVO.

Para alcanzar las referidas propuestas, este ensayo intenta tres objetivos -que obviamente no se alcanzan integralmente-: 1. Mostrar la falta de sistemática de las normas sobre relaciones de organización, 2. Avizorar ciertos efectos de las mismas sobre el desarrollo económico y 3. Sugerir la simplicidad en su reforma.

II. EL MARCO NORMATIVO.

Obviamente que la situación impone que es imposible conceptualizar en el plano jurídico-dogmático, basándose en el sentido pasado de los hechos histórico-sociales, que se pretenden hacer perdurar, por el solo hecho de “haber sido antes”, como resulta de quienes paralizan su argumentación refiriéndola a regímenes de un momento histórico dado¹.

Por tal paralización, el sistema normativo de los contratos o relaciones de organización ha ido generando su formación aluvional², sucesiva, fragmentaria, en diversas ,pocas, 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 personificación aparece como uno de los recursos de generar centros imputativos, pero no el único, como acaece con la patrimonialización (contrato de agrupamiento de colaboración, fideicomiso, peculios, etc.).

¹ Cfme. Bengolea Zapata, Jorge Unificación de régimen en las obligaciones y contratos, Valerio Abeledo Ed. Buenos Aires 1946, p. 126.

² Cfme. C. Nido Paz-Ares “Animo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena” Ed. Civitas 1991, p. 729 y ss..

Históricamente en las leyes sobre sociedades anónimas -casi de derecho público al otorgarles el Estado “la personalidad” como desprendimiento de su autonomía- se fu, gestando las previsiones en torno a afectaciones vinculares, sistemas de nulidad, formación de la voluntad mayoritaria colegial y la impugnabilidad de sus decisiones, resolución parcial, disolución o extinción, etc.etc.. De esas leyes se fu, irradiando esas normas a leyes de sociedades de responsabilidad limitada, como aparece en el moderno derecho español, o en leyes generales de sociedades como lo es en el derecho argentino y uruguayo, o en normas del Código Civil como en el derecho italiano y paraguayo.

Así en nuestro derecho societario se incorpora una norma referida a los contratos plurilaterales, la del art. 16 LS, que contraria las propias de los arts. 93 y 94, o la definición de sociedades en el art. 1º que no encuentra correlato con la sociedad de hecho del art. 21 ni con la en participación del art. 361, aplicando asistemáticamente la prohibición del art. 30, y anexando a la ley de sociedades los contratos de colaboración empresaria.

La aparente rígida tipicidad imperante en la ley 19550 -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 antifuncional³, a su vez enfrentado en nuestra legislación el concepto del art. 1§ con los arts. 21 y ss., 31 y 361 LS.

III. La sistemática de la organización asociativa en Argentina⁴.

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

No estimulan a ello una ley de sociedades rígida, o una peligrosa legislación en cuanto a joint venture contractual⁵, con el riesgo de calificación como sociedades de hecho, o atípicas y normas que quitan valor al contrato, lo que limita estructurar contratos asociativos atípicos⁶.

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 delibera-

³ Héctor Cámara “Derecho Societario. Estudios relacionados con las leyes 19.550 y 22.903” Ed. Depalma, Bs. As. 1985. Cap. III “Sociedad entre cónyuges en el derecho argentino” pág. 79. Este distinguido maestro argentino ha desaparecido recientemente del mundo de los vivos pero nos sigue impregnando de sus ideas.

⁴ Enfrentamos un campo sumamente vasto con conceptos sintéticos, por lo que para su mayor fundamentación remitimos a nto. “Organización asociativa” ob. cit.. Nos excusamos de alguna idea sumariamente desarrollada ante la limitación material de este trabajo.

⁵ 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 empresaria y la Unión Transitoria de Empresas, desbordadas en su uso por las limitaciones que imponen.

⁶ La ley de hidrocarburos lo entendió así y declaró inaplicables ciertas disposiciones de la ley argentina de sociedades.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) ciones en eventos académicos-, particularmente detectadas en los anteriores I y II Congresos Iberoamericanos de Derecho Societario y de la Empresa, formulamos algunas reflexiones en esta comunicación conforme los objetivos de estos eventos académicos.

Para entender la situación actual del Derecho Societario y tomar partido, se hace necesario formular un subsistema. 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 C.Civil y 1 de la ley de sociedades ⁷.

Cada vez más se desvincula la sociedad del acuerdo o contrato constitutivo ⁸, 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.

Hace falta reconocer ⁹, ante los nuevos intentos de formular un sistema unitario de derecho privado, esa situación para afrontarla metodológicamente:

a) La ley de sociedades n° 19550 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 época ¹⁰, pues el derecho societario es algo más complejo que el contractual de cambio; hay en él un sistema coordinado y gradual de normas ¹¹. Pero al incorporar la ley n° 22903 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 Código 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) La dificultad en el tema puede advertirse también en la adaptación de las normas clásicas sobre nulidades previstas para los actos jurídicos unilaterales o bilaterales ¹², al negocio constitutivo de sociedad de característica plurilateral y más aún a la sociedad operando, sujeto de derecho

⁷ Esta ha sido nuestra preocupación central desde la preparación del libro “Sociedad y contratos asociativos” Ed. Zavallia, Buenos Aires 1987.

⁸ Sobre el punto puede verse un mayor desarrollo en ntos. trabajos citados en notas anteriores.

⁹ 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.

¹⁰ Raúl Aníbal Etcheverry “Derecho comercial y económico” Formas jurídicas de la organización de la empresa, p. g. 17, Ed. Astrea.

¹¹ Cfr. A. Bertini “Contributo allo studio delle situazioni giurídica degli acionisti” núm. 10, Mil n 1951.

¹² Isaac Halperín “El régimen de nulidad R.D.C.O 1970, p. g. 545.

El problema de la “nulidad de la sociedad” operan una vez que la misma esta inscrita ¹³, por cuanto los problemas anteriores se refieren a nulidades del acto o contrato constitutivo de sociedad, no aclarándose el efecto, por lo que se ideó por algunos uno diferencial, que sería ex nunc. No se distinguió que es el mismo de la teoría general (ex tunc) sobre la relación contractual (sociedad devenida de hecho), pero sobre la persona jurídica -que no es contrato y constituye una institución jurídica-, sólo impone disolución, un efecto de futuro (ex nunc) ¹⁴.

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 legitimada 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 desestimación, 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 ¹⁵.

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 ¹⁶.

g) La aplicación del art. 30 LS fu, 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 ¹⁷.

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. 1§ exige la tipicidad y una actividad que puede hacer suponer la

¹³ Cfme. José Luis Fernández Ruiz “La nulidad de la sociedad anónima en el derecho comunitario y en el derecho español” Ed. Civitas, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid 1991 p. 20.

¹⁴ El tema esta bien resuelto en la legislación uruguaya, ley 16060, arts. 26, 28 y 29.

¹⁵ Vide GABELEIN, W.: “Fin de la responsabilidad limitada en el grupo” Sentencia del TS alemán, en el caso Video, GmbH-R, 1992,5, págs. 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 Ed., Pamplona, pág.294.

¹⁶ Sobre el punto ver nto. “Organización asociativa” cit..

¹⁷ Uniform partner ship act, Fabier Dubois, Eduardo, 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”.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) 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 superviviente para la empresa familiar, y en el acuerdo concursal, y también en el acto colegial colectivo de la constitución por suscripción pública. Todavía no parece receptada un proceso de institucionalización jurídica de la sociedad¹⁸.

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 dudar 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 atípico, las normas impositivas impusieron que -cuando exista el desborde- se los trate 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.

IV. EL CAMINO A RECORRER: LA REFORMA.

1. No se duda hoy sobre la conveniencia de la reforma del sistema societario, como se traduce de todos los proyectos oficiales de unificación del derecho privado o de reforma a la ley de sociedades, pero se impone un examen sistemático sobre las relaciones de organización, que carecen hasta el momento de un ordenamiento específico -como el incorporado en la reforma que proyectada al Código Civil con derogación del Código de Comercio ya con media sanción de la Cámara de Diputados (Proyecto Federal)-.

El sistema de armonización debería ser engarzado -respetando sus particularidades- lo que implicaría la regulación sistemática:

- a. de las relaciones de organización,
- b. de la personificación, y
- c. la institución de sistemas de patrimonialización funcional.

2. Simplificando, la regulación en concreto debería partir de la certeza en la personificación, sujeta a datos objetivos y no a criterios del juzgador. De ello

¹⁸ Cfme. ALONSO UREBA, Alberto La sociedad unipersonal en "Derecho de Sociedades Anónimas" estudios coordinados por Alonso Ureba - Duque Domínguez - Esteban Velasco - García Villaverde - Sánchez Calero, Madrid 1991 tomo I p. 457; y del mismo autor La 12ª Directiva Comunitaria en materia de Sociedades relativa a la sociedad de capital unipersonal y su incidencia en el Derecho, doctrina y jurisprudencia española, con particular consideración en la RDGRN de 21 de junio de 1990 y en "Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea - Estudios en homenaje a José Girón Tena" Ed. Civitas, Madrid 1991, p. 93 y ss., especialmente 109.

III Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Buenos Aires, 1998) resultaría que la “sociedad” de hecho no es persona jurídica y que frente a terceros sólo se generan problemas de responsabilidad, de imputación de obligaciones, pero no nuevos centros imputativos que alteran las relaciones con terceros acreedores del “socio” o de la “sociedad”.

La sociedad irregular -como la en formación-, en cuanto ha exteriorizado un “tipo” sólo genera problemas de oponibilidad del contrato frente a terceros, pero nunca entre los socios.

3. De esta forma la definición de sociedad mantendría su referencia a un tipo exteriorizado receptado por la ley, que sería siempre sujeto de derecho, incluso la constituida por declaración unilateral de voluntad como técnica de organización.

4. Correlativamente, siguiendo el esquema general del Código Civil debe aceptarse la autonomía de la voluntad para perfeccionar contratos de colaboración atípicos, sin personalidad, sin perjuicio de la responsabilidad que cupiera a los partícipes, en ese esquema se engarzarían los contratos de colaboración típicos (negocio en participación, U.T.E. y agrupamiento de colaboración).

Formalizamos estas contribuciones a la unidad del derecho privado, renunciando a una autonomía legislativa injustificada en estos tiempos, donde ha sido eliminada los fundamentos de la original separación de las normas: seguridad jurídica por la rapidez en la solución de los conflictos y aplicación de las normas de los comerciantes.

No pretendemos que estos sean los ejes necesarios para la unificación del sistema societario en la unificación del derecho privado, pero entendemos que únicamente partiendo de la discusión y análisis de criterios globalizantes puede haber acuerdos que faciliten el advenimiento de la nueva legislación con los menores cambios posibles para mantener la seguridad jurídica.