

LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA SOCIETARIO EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMAS

ORLANDO MANUEL MUIÑO
EFRAÍN HUGO RICHARD

Conforme a la convocatoria de este Congreso se invita a debatir con amplitud la estructura de una futura reforma de la legislación de sociedades y contratos asociativos, partiendo de la propuesta formalizada por el recientemente publicitado Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades, que contiene un posiblemente inadvertido cambio fundamental en la estructura del sistema.

Aparece un significativo cambio estructural –y por ende fundamental– del sistema del derecho societario y de los contratos asociativos que merece nuestra preocupación, e impone ponerlo claramente en evidencia y centrar los comentarios. No parece existir duda en la coincidencia en otorgar a los empresarios la mejor estructura elegible de organización dentro del principio de autonomía de la voluntad bajo responsabilidad, sin afectar derechos de terceros y la seguridad jurídica. ¿Ello se logra?

Ese cambio fundamental en la estructura del sistema societario argentino se plasma en el Anteproyecto a través de tres artículos: 1º, 21 y 383 bis.

1. El art. 1º vigente une a la descripción de lo que debe entenderse por sociedad la necesaria adopción de uno de los tipos previstos en la ley. El art. 1º del Anteproyecto parecería que a ello sólo agrega en la definición “destinados al mercado”, pero no es así, pues produce el desdoblamiento en la determinación de que es sociedad, o sea que el proyecto genera dos formas:

1.1. Por un lado –parte final del primer párrafo del proyectado art. 1º-, determina que adoptándose una figura típica (“alguno de los tipos previstos en el Capítulo II”) se genera una sociedad sin más, receptando así algunas críticas y los ejemplos de legislaciones como las de Chile y Brasil, sin ligarlas a conceptualización alguna. Deberán sin duda cumplir con los recaudos integratorios fijados en el art. 11 en cuanto al contenido del Estatuto, pero nada más. Sociedades de cómodo o relaciones asociativas o de colaboración empresaria –como de asociaciones específicamente mantenidas en el art. 3º- podrán ser arropadas por esa relación societaria.

1.2. La definición contenida en la primera parte de ese primer párrafo, queda entonces para formas residuales, no las típicas, previstas en el art. 21 del Anteproyecto, lo que hubiera permitido que no se registrara esa definición en el art. 1º y se trasladara en claridad a aquella norma. Por otra parte esa definición se corresponde a una relación asociativa amplia o concepto amplio de sociedad¹, que engloba a

¹ PALMERO, Juan Carlos en *Pasado, presente y futuro de la sociedad civil* en la Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003 – 2 recuerda que “La doctrina universal establece dos criterios para precisar el concepto de sociedad; uno, de tipo restringido, seguido por los países que sintieron particularmente la influencia francesa, y otro, amplio, que corresponde más bien a la tradición germana y algunos países de *common law*”. Describe el primero como el “contrato por el cual dos o más personas se obligan a efectuar aportes poniendo bienes, cosas o servicios en común, con la finalidad de dividir tanto los beneficios como las pérdidas”, y el segundo como “un acuerdo entre dos o más personas, pero con el propósito de alcanzar un objetivo común, cualquiera sea su naturaleza”. Apunta –indirectamente iluminando las razones del cambio estructural que sigue el Anteproyecto de Reformas a la Ley de Sociedades formulado por los eminentes juristas Anaya, Bergel y Etcheverry- que “Algunos autores formados en la cultura del concepto amplio de sociedad, se quejan de que esta solución impide la creación de una fórmula asociativa residual, no personificada, que resolvería muchos problemas modernos, entre ellos, el de los llamados contratos de colaboración (uniones transitorias de empresas o agrupamientos de colaboración), como así igualmente otra cuestión que se conoce con el nombre del “fantasma de la sociedad de hecho” por los riesgos de soportar un ré-

la sociedad accidental o en participación —no sujeto de derecho— y a otras formas como la sociedad momentané o la sociedad oculta, que descartan la posibilidad de encontrarse ante sujetos de derecho —lo que aparece señalado por el art. 2º de la ley actual que se mantiene—.

2. Las previsiones del Anteproyecto respecto a las sociedades típicas no inscriptas, cambian el eje de la sociedad irregular al régimen de la sociedad en formación, pues el art. 21 del Anteproyecto excluye la aplicación a las mismas de las normas de la sección IV, que se titularía “De la sociedad no constituida según los tipos del capítulo II”. El mismo ha sido incorporado al proyectado art. 7º “La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción... A los actos cumplidos durante el período fundacional se les aplicará, en lo pertinente lo dispuesto por los artículos 183 y 184”, punto que reabrirá la polémica en torno a la oponibilidad de las cláusulas del contrato a terceros y sobre la personalidad jurídica de la sociedad en formación², lo que implica inseguridad jurídica³.

3. Pese a la poca claridad de esa sección IV, a partir del régimen para la sociedad atípica, que es permitido crear como tal, se con-

gimen de responsabilidad patrimonial no querido”. ... recomendando “disponer de una forma asociativa sencilla, plástica, de fuerte contenido personalista o *intuitu persona*, donde haya un amplio campo para la autonomía de la voluntad, en lo que hace a las modalidades propias de la asociación, con responsabilidad ilimitada, pero no solidaria”. Adviértase que Palmero se refiere a una figura residual no personificada. En la misma Revista y poniendo de resalto un elemento fundamental de “sociedad en sentido estricto” Aída Kemelmajer de Carlucci en *El concubinato heterosexual y la sociedad irregular en la jurisprudencia argentina reciente*, partiendo de jurisprudencia que apostrofa que “el concubinato no sólo no crea una sociedad similar a la sociedad prevista en los arts. 1261 y ss; tampoco genera una sociedad de hecho, *ni la presume*”, intenta romper con este último aparente postulado, señalando la compatibilidad entre esa unión y la sociedad de hecho, abogando por la discrecionalidad del juzgador en función de la prueba aportada, particularmente... cuando se trata de “explotación común”. Remarcamos este aspecto “explotación en común” para integrarlo con el criterio de sociedad en sentido estricto (RICHARD – MUÑO *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Bs. Aires p. 55).

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación, abril 26 de 1988, *Telecor, S.A. c. Catamarca, Provincia de (T-245.XXI)*: Las sociedades anónimas en formación carecen de personalidad jurídica y, por ende, no pueden estar en juicio ni por sus órganos ni por representación, conclusión esta que debe ser mantenida a pesar de lo dispuesto por los arts. 183 y 184 de la ley 19.550 (ref. por ley 22.903), ya que dichos preceptos sólo facultan a los directores para obligar a la sociedad respecto de los actos cuya ejecución durante el iter constitutivo haya sido expresamente autorizados.

3 ETCHEVERRY, Raúl Aníbal *Negocios, contratos asociativos y Mercosur en SOCIEDADES* - Revista de Derecho Privado y Comunitario 2003 – 2, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe septiembre 2003. Define la importancia del problema “Probablemente lo que más detiene al empresario dispuesto a estudiar y hacer contratos o crear entes transfronterizos, no son las vicisitudes del negocio en sí, sino las dificultades, interrogantes e inseguridades que encontrará, él y sus abogados, en los ordenamientos legales de cada país...”.

cibe un sistema residual (“disciplina de la sociedad informal”) para toda sociedad escrita y no típica, y para la sociedad de hecho con actividad comercial —o sea la definida en la primera parte del proyectado art. 1º— oponible a terceros, que genera un régimen patrimonial propio preteriendo a los acreedores individuales de los socios, y con responsabilidad mancomunada y no solidaria como en la sociedad colectiva.

Varias razones nos hacen dudar de este régimen:

3.1. se mantiene el “fantasma de la sociedad de hecho”, pues si bien el contrato es oponible, los partícipes de un joint venture se podrán ver encuadrados en este régimen sin quererlo ellos ni sus acreedores.

3.2. Las relaciones societarias de hecho, ahora con grave riesgo de ser encuadradas en situaciones ambiguas atendiendo al criterio laxo que fija la definición del art. 1º del Anteproyecto —criticado por Etcheverry antes de configurarlo⁴— debe resolverse —entendemos— con criterios de responsabilidad, aplicables al caso concreto, y no de personalidad que una vez atribuida impone la disolución de la persona jurídica o sea que generaliza los efectos de una sentencia en particular⁵.

3.3. La norma implica la desaparición de la sociedad colectiva, que debe inscribirse y genera responsabilidad solidaria, pudiendo optarse por la sociedad residual no inscrita con responsabilidad mancomunada.

3.4. El reconocimiento de efectos de la personalidad de esta sociedad residual, que aparece del art. 2º al incorporar la definición al art. 1º y del art. 24 del Anteproyecto, rompe la regla del art. 1199 del C.C. en cuanto a los efectos de los contratos respecto de los terceros, y esa posibilidad de generar masas separadas entre acreedores sociales y acreedores de cada uno de los socios de la noche a la mañana incorpo-

⁴ Ver las notas y transcripciones que hacemos en otras partes del texto.

⁵ PALMERO *Pasado, presente*, citado, expresa en torno a ello, “todavía importantes legislaciones siguen desconociendo la personalidad jurídica no sólo de la sociedad civil, sino también de todas las fórmulas asociativas de carácter personalista”. También puede verse ntos. *Los contratos de colaboración empresarial en los tiempos de Vélez Sársfield* en “Homenaje a Vélez Sársfield” Edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2000, tomo IV página 115 y ss. y *Tipicidad y la reforma. La sociedad simple y los contratos asociativos* IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario 2001, tomo I p. 585.

rá una mezcla explosiva al A.P.E., para presentar a homologar acuerdos con mayorías prefabricadas.

3.5. Adviértase que se opta por la personificación de sociedades de hecho o de formas residuales no inscriptas –art. 24 del proyecto–, mientras que las sociedades típicas en trámite de inscripción son conceptualizadas como “sociedades en formación” con dudosa atribución de personalidad.

Esa inseguridad jurídica es apuntada por Mario Rotondi: “1..Para la originación de una autonomía patrimonial lo esencial no es tanto la escritura de sociedad como la publicidad de esa escritura. “La escritura no publicada regularmente, sino guardada en los bolsillos de los socios, libres prácticamente de valerse o no de ella, de invocarla o negar su existencia, origina el arbitrio de constituir y resolver una autonomía patrimonial, lo cual constituye un privilegio a favor de algunos acreedores... parece, en verdad, bastante grave que, por efecto de un simple acuerdo oralmente expresado entre varios sujetos, algunos elementos del patrimonio de éstos pueda separarse del restante y devenir autónomos para garantizar una serie privilegiada de acreedores: aquellos que son tales en virtud de las operaciones sociales” Al negar este autor no sólo personalidad jurídica, sino autonomía patrimonial a las sociedades irregulares, plantea el problema de la contraposición de intereses entre los acreedores sociales y los acreedores individuales de los socios, que es a los que principalmente hay que proteger. Los primeros pueden, si quieren, conocer la irregularidad acudiendo al Registro mercantil; su ignorancia sólo relativamente puede ser excusada. Los segundos contratan en la más absoluta ignorancia, como es la de quien contrata con un particular en orden a la posibilidad de que sea o vaya a ser miembro de una sociedad irregular.

Pues bien, si se admite el principio de la autonomía patrimonial, este inocentísimo y diligentísimo acreedor particular –dice Rotondi– podrá verse luego desprovisto de gran parte de aquella garantía que él confiaba encontrar en el patrimonio personal del socio.

3.6. Si se considerara que es conveniente una sociedad residual, lo que no cuestionamos en cuanto implicara un mayor margen de autonomía de la voluntad sin afectar a terceros, debió haberse impuesto su inscripción sin perjuicio de dar un marco global, o bien regularla

como contrato⁶. Se trata de una decisión de estricta política legislativa, pues la personalidad jurídica de las sociedades no se corresponde a una necesidad lógica. En efecto, resulta perfectamente viable organizar jurídicamente sociedades (u otras relaciones jurídicas) sin que las mismas tengan personalidad jurídica. El derecho local y comparado cuenta con sobrados ejemplos de esta posibilidad. La atribución o reconocimiento de personalidad jurídica es una herramienta técnica dentro de un sistema normativo, a fin de facilitar, la realización de actividades económicas en forma organizada.

4. Además, esa definición amplia de sociedad contrasta con la falta de definición de los contratos de colaboración empresaria que se plasma en el art. 383 bis del Anteproyecto, que a su vez pueden ser individualizados como contratos asociativos como lo hace Etcheverry⁷.

4.1. No aparece adecuado una técnica de definir que es sociedad, y hacerlo con concepto amplio de sociedad⁸, y no definir que son contratos asociativos, proclamando la libertad de configurar contratos de colaboración atípicos con tal de inscribirlos. Ante las definiciones amplias de contratos de colaboración parecería que lo único que podría excluir a los contratos atípicos de su inclusión en el concepto de sociedad será la inscripción bajo el título que las partes quieran atribuirle al contrato. Así Etcheverry⁹ “Hemos dicho en otra ocasión que “el agrupamiento de empresa se da como una reunión de núcleos económicos de diversas estructuras (por ej.: empresas individuales, sociedades comerciales, sociedades civiles, empresas estatales, cooperativas), bajo una única dirección sin llegar a la fusión que constituye otra vía de concentración de poder y de la actividad... Continúa “Para nosotros, los caracteres actuales del negocio o contrato asociativo, en nuestro sistema legal, son los siguientes: a) Su creación se da principalmente por escrito (son excepciones la sociedad de hecho, la asociación de hecho): b) establecimiento de un orden legal organizativo,

⁶ Sin personalidad como señala Palmero cit. en nota precedente, lo que implica derivar a los principios generales de oponibilidad a terceros que hubieran conocido el contrato al tiempo de contratar, conforme art.22 Anteproyecto, desdibujado por el art. 24 del mismo.

⁷ ETCHEVERRY *Negocios, contratos* cit..

⁸ Ya nos referimos supra al tema.

⁹ En el artículo citado en nota anterior.

elegido de entre los disponibles en el ordenamiento legal (no hay en nuestro Derecho hoy, un contrato asociativo genérico); c) vocación por adquirir una personalidad legal... f) existe autonomía entre el actuar de ese patrimonio y las demás personas de derecho, incluyendo a los propios gerentes del proyecto; g) la actividad de la figura asociativa que se crea a partir del contrato asociativo obtendrá un resultado propio y atribuible al ente: es la imputación jurídica del resultado; h) esa actividad “común” –producción de actos jurídicos- será para el Derecho un fenómeno unitario, de una dimensión metaindividual, que determinará la atribución de los actos y de toda esa actividad a un patrimonio: el patrimonio autónomo creado mediante el contrato asociativo”. Parecería que para este autor de los contratos asociativos derivaría personalidad, pese a que señala que “la imputación del resultado no será igual en todos los tipos de contratos asociativos”... “El Proyecto de Código Civil Unificado de 1998 intentó plasmar un modelo general de contrato asociativo; en nuestra opinión, fue el modelo más perfecto ... *CONTRATOS ASOCIATIVOS. Sección primera Contratos Asociativos en General Artículo 1333 Normas aplicables. Las disposiciones de este Capítulo se aplican a todo contrato de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no sea sociedad. No son sujeto de derecho ni se les aplican las normas sobre la sociedad...* Concluye el apartado señalando “En una palabra, la legislación sobre contratos asociativos, bien integrada a otras normas vinculadas, es una asignatura pendiente en Argentina”. Nos permitimos señalar que ello tampoco se logra en el Anteproyecto.

Etcheverry aborda el “Desarrollo presente y futuro de los negocios asociativos en Sudamérica”¹⁰ afirmando “Las sociedades en Argentina adolecen de defectos sistémicos que deben corregirse con urgencia: no es más aceptable el sistema actual de la sociedad de hecho... En el Derecho brasileño no se define a las sociedades, lo cual le da una ventaja sobre el nuestro y el uruguayo; en el argentino, la definición del artículo 1º de la ley 19550 acepta esa conducta allí descrita, como un esquema básico societario, que abarcará numerosos supuestos de hecho del universo asociativo y obra como la estructura

¹⁰ En el mismo artículo citado en la Revista de Derecho Privado y Comunitario.

normativa residual del sistema; casi todo lo que se haga en común para obtener ganancias será, fatalmente, sociedad. Y si no se quiere que lo sea, el sistema legal debe decirlo expresamente y normar un régimen diferente, estricto, cerrado" (el subrayado nos pertenece).

¿Se plasmaron estos criterios en el aludido Anteproyecto?

4.2. Con el criterio del Anteproyecto podrían pergeñarse sociedades atípicas y para escapar al régimen de la mancomunación bastaría titular la relación como contrato de colaboración atípico e inscribirlo.

4.3. Consecuentemente cabría preguntarse que valor tiene entre las partes y respecto de terceros que lo conocían el contrato de colaboración empresaria atípico no inscripto?

4.4. No resulta congruente liberar de inscripción a las sociedades típicas y particularmente a las residuales, e imponerlo en los contratos de colaboración.

4.5. La pregunta inmediata será ¿qué tratamiento tendrán los contratos de colaboración típicos no inscriptos?.

Estas observaciones a la estructura fundante del Anteproyecto de Reformas que alteran integralmente la estructura del régimen societario vigente y de los contratos de colaboración en Argentina merecería un debate profundo por la inseguridad que podría generar, quizá inadvertida por los propios proyectistas.