

ACERCA DE LA CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES PARA EFECTUAR DONACIONES. UNA NUEVA APROXIMACIÓN AL TEMA

OSCAR CESARETTI y DANIEL CRESPO

PONENCIA

- 1) En el marco de la autonomía creadora de relaciones jurídicas, el contrato de sociedad no puede reconocer una *causa donandi*.
- 2) La causa del negocio se debe mantener inalterable desde su conformación genética y posteriormente en su aspecto funcional.
- 3) El art. 13, inc. 1º de la ley 19.550 determina la nulidad de las cláusulas que violan la causa del contrato social, ratificando el rol de ésta en el marco del contrato de sociedad.
- 4) El art. 3º de la ley 19.550 no puede extenderse a otros supuestos que no reconozcan su idéntica causa genética.
- 5) Los administradores y la asamblea carecen de capacidad para desviar la causa del contrato social y transferir activos por *causa donandi*.
- 6) Quedan a salvo aquellos actos gratuitos que de algún modo puedan ser útiles al cumplimiento del objeto social.
- 7) Lo expuesto no implica adhesión a las teorías de la capacidad específica de la sociedad.
- 8) Los actos celebrados son nulos de nulidad absoluta por falta de capacidad de derecho de la sociedad.

FUNDAMENTOS

1. Introducción

Recientemente en el ámbito notarial se ha comenzado a pensar en la instrumentación de actos de donación de bienes que conforman al patrimonio social. Las ventajas de tal tipo de contrato están de por sí a la vista. Menor costo de instrumentación, no necesidad de justificar impositivamente el ingreso del bien en función de su causa de ingreso, etcétera.

El debate se ha centrado no en aquellos actos de donaciones manuales, íntimamente ligados al concepto de promoción de la empresa; sino a la transferencia *animus donandi* de importantes activos físicos de una empresa.

En algunas oportunidades el o los beneficiarios de la liberalidad pueden revestir el carácter de socios o ex socios —resolución parcial del contrato—, creando esta circunstancia nuevos factores de complicación en el análisis de la factibilidad jurídica de la operación.

La Comisión Asesora de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal a fines de 1992 tuvo oportunidad de expedirse en un voto dividido.

La resolución salió con un voto dividido, resultando mayoritaria la tesis que sostuvo la viabilidad de la operación.

A fin de comentar diversos aspectos, comenzaremos a hablar del dictamen de mayoría y como corresponde al de la minoría

2. *Dictamen de la mayoría*

El dictamen mayoritario centró su análisis en la función que cumple el objeto social (art. II, inc. 3) en el marco de nuestra Ley de Sociedades. Así, se efectúa un detenido *raconto* centrando el peso en el mecanismo de imputación legal de nuestra ley, donde surge con claridad digna de elogio por su técnica el art. 58 de la L.S. "El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social".

Sobre dicho texto, ya hace muchos años Norberto Benseñor —a quien le cupo el dictamen de la mayoría— había elaborado diversas categorías de actos que comprende la expresión del art. 58. Encontramos:

- a) el acto incluido en el objeto social;
- b) el acto accesorio de otro comprendido en el objeto social;
- c) el acto preparatorio de la ejecución o celebración del acto del objeto social;
- d) el acto que facilite la realización de otro incluido en el objeto social o el cumplimiento del objeto en sí;
- e) el acto extraño al objeto sin notoriedad.

Remarcando que nuestra ley habla de "acto notoriamente extraño al objeto social", por lo cual la categoría de acto extraño, sin el aditamento de "notoriamente extraño" resulta imputable a la sociedad.

La mayoría luego centra su análisis en determinar si resulta imputable al ente un acto notoriamente extraño al objeto social; supuesto excluido de la enumeración anteriormente descripta, y qué presupuestos se deberían cumpli-

mentar para tal fin. Las donaciones que no resultarían vinculadas a los fines empresariales, estarían comprendidas en esta temática.

La respuesta afirmativa se centra en la denominada "imputación voluntaria". Cuáles serían los presupuestos de ésta. El primero, sostener que el objeto no hace a la capacidad del ente como sujeto de derecho, la cual es genéricamente amplia. El objeto limitaría la legitimación de los representantes legales, pero no impediría que la sociedad, vía su órgano de gobierno y con un régimen de mayoría a determinar, asumiera un acto que sus propios representantes *per se* no podrán imputar al ente. Tal afirmación se basa en la superación de la teoría ficcionista que se nutre del sistema de la concesión u *octroi*; por el cual el privilegio de la personalidad jurídica era un acto del soberano íntimamente ligado a los fines para los cuales se constituía la sociedad. El derecho anglosajón, recuerda el dictamen de la mayoría, elaboró la teoría del *ultra vires*, por la cual la propia sociedad no podía modificar su objeto ni aun recurriendo a la unanimidad de sus socios.

Qué cambios se produjeron en nuestro ordenamiento que permita superar tales afirmaciones. Así la mayoría trae a colación la modificación del art. 33 del Cód. Civil por la reforma de 1968, suprimiendo la mención del objeto conveniente al pueblo. La superación del sistema de mérito u oportunidad que regía el Cód. de Comercio, adoptando vía la ley 19550 un sistema denominado "normativo".

Igualmente suma a la tesis mayoritaria la reinterpretación del art. 35 del Cód. Civil "Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer...". La citada norma, ha sido interpretada históricamente como un valuarte de la limitación de la capacidad jurídica de las personas idéales de realizar los actos que excedan de su objeto. La doctrina de la especialidad expresa: "...el objeto de cada institución actúa como límite de su capacidad, en cuanto sólo pueden adquirir o ejercer los derechos relacionados con su objeto social, más les es prohibido realizar actos extraños, aun cuando su cumplimiento haya sido decidido por el acuerdo unánime de los socios". Colombres, Gervasio: *Curso...* Salvat sostiene "que el ejercicio de operaciones extrañas implicaría un cambio de objeto, para el cual serían necesarios, no sólo el consentimiento de los miembros, sino también la autorización estatal" (t. I, p.973)" Los actos de los administradores que no obligan a la sociedad por su extraneidad notoria, son *ultra vires* para la sociedad, que esta incapacitada para celebrarlos; el objeto social veda su realización" (Zamenfeld, Víctor: "Administradores de sociedades mercantiles", LI, XXXII, 1975, p. 1249.

A lo expuesto, siguiendo siempre el proceso discursivo del dictamen de la mayoría, se observa que ésta trae a colación una reinterpretación del citado art. 35 del Cód. Civil. Se basa en un trabajo de los Dres. Eduardo Favier Dubois (h.)

y Héctor O. Vázquez Ponce, con motivo de las II Jornadas de Derecho Societario en Revista Notarial n° 865, p. 1812 y ss que reinterpreta la fórmula “a los fines de su institución” bajo dos alternativas; la primera “que la entienda referida a los fines tenidos en cuenta por la ley al admitir la existencia de las personas jurídicas: posibilitar la actuación conjunta de dos o más sujetos para realizar emprendimientos que excedan de sus posibilidades individuales, y la restante “que la considere relativa a la finalidad perseguida por los fundadores en el momento de la constitución —obtención de utilidades—”. El dictamen de mayoría se adhiere a la segunda de las interpretaciones. Similar postura ha ensayado el Dr. Julio César Otaegui en “Persona Societaria: Esquema de sus atributos”, RDCO, 1974, n° 39, pp. 287 y ss., donde sostiene que la teoría de especialidad no tiene cabida en el actual ordenamiento comercial, por la modificación del art. 33 del Cód. Civil y la adopción por la ley 19550 del sistema normativo de la personalidad jurídica.

En el largo análisis de la mayoría se traen supuestos expresos de la ley que permite actos extraños al objeto social. Así las reflexiones de Otaegui cuando al analizar los estados contables rescata el art. 63, inc.1 d), de la ley 19.550 “y cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad”. Otro caso interpretado como sustento a su tesis es el del art. 19 de la L.S.: “Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación...” Si no existiera imputación no cabría la sanción, ergo a la sociedad se le imputan actos notoriamente extraños al objeto social, ya que ésta, como dice el citado art. 19, es de objeto lícito.

3. *Dictamen de la minoría*

El dictamen de la minoría funda su desarrollo en la consideración de la finalidad perseguida por las sociedades comerciales. Así el mismo art. 1°, cuando determina que los aportes se destinarán a la producción o intercambio de bienes o servicios. Remite a la Exposición de Motivos de la ley 19.550, la que al analizar el artículo mencionado hace referencia al concepto de “organización” y su relación con la idea económica de empresa -que constituye la actividad normal de las sociedades comerciales.

A continuación remarca en base al propio mensaje legislativo el criterio de “producción o intercambio de bienes y servicios”, fórmula que permite alejarse de la expresión del derecho italiano de “actividad económica” y da cabida a las sociedades constituidas para la mera administración o conservación de bienes, o para la investigación técnica industrial.

Se sostiene que el patrimonio social tiene una función definida y ningún órgano social puede emplearlo en un negocio gratuito sin contraprestación mediata o inmediata, porque tal hecho subvierte de modo sustancial la finalidad y naturaleza del sujeto de derecho y vulnera su regulación organizativa.

Tomando el concepto de “negocio jurídico” como manifestación de la voluntad dirigido a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico, considera que ésta —la autonomía— encuentra sus propios límites en los intereses propios y en las normas ordinativas atinentes al negocio jurídico respectivo. Al particular no le está permitido siempre —continúa el dictamen expresando— y en cualquier materia crear un negocio que reúna los requisitos generales, pero que no encajan en ninguno de los tipos previstos por la ley. Si ha elegido un tipo de negocio, no puede eliminar los efectos que la ley fija a ese tipo.

La causa contractual, sostiene el dictamen de minoría, o sea la participación en los beneficios o en las pérdidas-, requiere una actividad que no concluye en un particular ejercicio específico, sino que representa una modalidad negocial permanente determinada por la propia organización asociativa y consistente en una actividad constante, que es la que origina una imputación específica. En rigor, continúa manifestando la minoría, el sistema legal enmarca y regula la actividad como función necesaria, y más allá del objeto a que esa actividad está dedicada. Es, por lo tanto, la actividad la que debe ser organizada, coordinada y disciplinada al fin propuesto, que es esencialmente económico y que configura el principio causal del sujeto de derecho.

4. Nuestra opinión

El esmerado esfuerzo discursivo de la mayoría se centra en demostrar que la sociedad goza de una capacidad jurídica genérica, es decir que nuestra legislación no adopta el esquema de la capacidad específica. La denominada capacidad específica de los entes ideales tiene dos vertientes: a) la teoría anglosajona de *ultra vires*, y b) la francesa del principio de la especialidad.

La determinación de la existencia principio de la capacidad específica no debe realizarse, en nuestro derecho al menos, bajo un criterio dogmático, en razón de la ausencia de normas de entidad que permitan tal postura, sino tratando de observar si los principios que emanan de tales teorías tienen recepción práctica en el marco positivo. A tal fin y en honor a la brevedad remitimos al estudio de Rafael Manóvil: “Actos que exceden el objeto social en el derecho argentino”, RDCO, 1978, p. 1050 y ss., o Gianluca La Villa para el derecho italiano en *L'Oggetto sociale*, Giuffrè, pp. 173 y ss., de cuya lectura se puede afirmar que nuestro derecho no ha receptado el esquema de la denominada capacidad específica de los entes ideales.

Si bien a lo largo de todos estos años hemos sostenido que el objeto no hace a la capacidad del ente, sino que actúa como un límite a la imputación legal o automática de los actos de los administradores al ente, adhiriendo en consecuencia a la posibilidad de la denominada “imputación voluntaria” cuan-

do el acto no resultare *prima facie* encuadrado en los términos del art. 58 de la L.S.; tal postura no nos lleva a convalidar el dictamen de la mayoría.

Esta disgresión con aquellos que hemos bregado por la adopción de criterios amplios en el marco del derecho societario, se basa que en el tema específico, de las donaciones que realizan las sociedades comerciales, el eje de la discusión no pasa por si el acto es o no extraño al objeto social (art. 58, L.S.), sino en la observancia que el acto de tal naturaleza conforme terminología de Gianluca La Villa es “impeditivo del objeto social”.

Tal calificación se reserva a aquellas donaciones que no tienen entidad para relacionarse en forma directa o indirecta con el propio objeto social, es decir, como expresáramos en el introito, aquellas donaciones que no pueden enmarcarse en las denominadas de promoción comercial o aun institucional del ente jurídico.

En un acto “notoriamente extraño al objeto social” e imputado al ente vía, valga la redundancia “imputación voluntaria”, se respeta la causa fin del contrato social, es decir la expectativa de lucro —aunque el resultado final sea riuoso al ente.

Nos enrolamos en aquellos que sostienen la existencia del elementos “causa” en los actos jurídicos, y sobre ellos luego volveremos.

Previamente debemos detenernos en un análisis del acto jurídico o “negocio jurídico” en la terminología europea. Así cabe traer a colación la observación de Zanoni en “Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos”, p. 27, quien siguiendo a Betty, dice: “...no es la voluntad ciertamente, el fundamento de la obligatoriedad del negocio jurídico. El fundamento debe encontrarse en el orden jurídico, en el derecho objetivo que atribuye eficacia vinculante a las declaraciones de voluntad..., el negocio sería el presupuesto de hecho de la relación jurídica regulada por la ley, pero no fuente de derecho objetivo”. “Los efectos jurídicos se producen en cuanto que están dispuestos por normas, las cuales acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente”.

Tal postura lleva a considerar dos enfoques respecto del rol de la voluntad en los actos jurídicos: a) de autonomía creadora de normas jurídicas, y b) de autonomía creadora de relaciones jurídicas.-

En el primero de los supuestos el ordenamiento jurídico reconoce en ésta una verdadera y propia fuente de derecho objetivo; por el contrario, en la segunda el ordenamiento se limita a reconocer a los particulares la facultad de dar vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos. Así para Ferri —citado por Zanoni— “...el matrimonio y la adopción son simples actos lícitos, actos que determinan efectos disciplinados en todo por la ley no conformados por el querer de los sujetos...”. Para la segunda de la teorías, al visualizar al negocio como fuente de relaciones jurídicas, pero no de derecho objetivo, la

autonomía privada se mantiene como tal en la creación de relaciones jurídicas cuyo contenido está, no obstante, reglamentado por la ley.

Betti, enrolado en la segunda de las posturas, trae a colación que “si los particulares en las relaciones entre ellos son dueños de perseguir en virtud de su autonomía, los fines prácticos que mejor responden a sus intereses, el orden jurídico es, con todo, árbitro de ponderar tales fines, según sus tipos, atendiendo a la transcendencia social, tal como él la entiende, conforme a la sociabilidad de su función ordenadora”.

Ahora bien, si salimos del aspecto estructural del acto o negocio jurídico, y nos introducimos en al aspecto funcional, conforme terminología de Santoro Passarelli —*Doctrinas Generales del Derecho Civil*, pp. 141 y ss—; nos aparece el elemento fin. Nos dice “la voluntad privada llega a ser jurídicamente transcendente y puede tener, en tal sentido y con relación al sujeto de que dimana, fuerza de ley, no por sí misma ni como fin en sí misma, sino en cuanto sea importante socialmente, esto es, tienda a realizar un interés que el ordenamiento jurídico considere merecedor de tutela y protección. La función que la ley toma en consideración al regular la autonomía privada es la cumplida por el negocio inmediatamente, la que el negocio es idóneo a realizar por sí misma e igualmente en todos los casos”.

De los autores nacionales que reconocen a la causa como elemento autónomo del acto jurídico, seguimos a Colombres —*Curso de Derecho Societario*, Cap. III—; quien manifiesta que la teoría del contrato plurilateral de organización es válida tanto para el fenómeno societario como para el marco de la asociación. Por ello resulta de primordial importancia —en palabras del autor— fijar la causa del contrato plurilateral de sociedad y, en consecuencia, para precisar en forma rigurosa la distinción entre sociedad y asociación.

Como elemento específico del contrato plurilateral de sociedad, distingue Gervasio Colombres a “la participación en las ganancias y en las pérdidas”. Esta nota, nos dice: “...constituye la causa del contrato de sociedad, o sea la función practica-sócial del negocio, reconocida por el derecho; ...constituyendo la función objetiva que el negocio jurídico sociedad tiene, y que el derecho como tal estatuye y reconoce”.

Tengamos presente que con la reforma de la ley 19.550 se han desdibujado los caracteres clásicos del concepto de sociedad. Así el art. 282 del Cód. de Comercio cuando definía al contrato de sociedad señalaba que los socios “...se unen poniendo el común sus bienes e industria, o alguna de estas cosas, para practicar actos de comercio, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar...”; similar concepto enuncia el art. 1648 del Cód. Civil “...con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero...”. La nueva legislación societaria omite en el concepto de sociedad la enumeración de tal requisito de fin de

lucro y siguiendo a Halperín en "El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales", RDCO, 1969, año 2, p. 271, los beneficios no deben consistir necesariamente en un lucro o en una ganancia a repartir entre los socios. Véase igualmente la exposición de motivos de la ley 19.550.

Por ello, puede sostener validamente a nuestro criterio Farina en su *Tratado de Sociedades Comerciales, Parte General*, p. 73, que en el ordenamiento legal argentino caben tres clases de sociedades comerciales: "...a) Las sociedades ordinarias en las cuales la causa común consiste en la distribución del lucro derivado del ejercicio común de una actividad económica; b) las sociedades que tienen por objeto una actividad económica, de investigación científica, de información, etc., en beneficio de los socios, en cuyo caso no se puede hablar de repartir un lucro, sino los beneficios que puedan obtenerse de tal actividad; c) asociaciones de bien común que, conforme con el art. 3º de la ley 19.550, adoptan la forma de sociedad comercial en las que puede estar ausente toda idea de lucro e incluso toda finalidad de beneficio a favor de los socios".

En síntesis, de acuerdo a nuestro ordenamiento, y salvo el supuesto del art. 3º de la ley 19.550, la figura societaria debe redundar para los socios en algún beneficio, comprendido este conforme lo expresado anteriormente.

Consideramos que si bien la sociedad no es parte del acto constitutivo, y por consiguiente la interpretación de éste no lo sería de la sociedad, cabe recoger las reflexiones de Fargosi en "*El objeto social y su interpretación*", pp.45 y ss., en el sentido que el vínculo social no comporta una posición del socio frente a la sociedad, sino en ella, de lo que se sigue que la persona jurídica emergente es un instrumento y que los actos provenientes de sus órganos, aunque constituyéndolo formalmente la voluntad de este nuevo sujeto considerado en forma autónoma, son en definitiva expresiones del comportamiento de las partes del contrato. Esta rica reflexión no lleva a sostener que la causa de los socios para la suscripción del contrato plurilateral de sociedad, se mantiene aun respecto del nuevo ente, y como tal debe ser inalterable, no pudiendo, como en cualquier otro acto jurídico reconocerse a un "negocio jurídico" dos causas diferentes, una en el momento de conformación del mismo y otra opuesta durante el desarrollo del negocio. Un principio elemental de lógica nos impide su aceptación.