

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***DIFERENTES FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA EN SOCIEDAD.
COMPARACIÓN DE SU EFICACIA ECONÓMICA(*) (537)***

Coordinador:

FRANCISCO J. DEL CASTILLO

Subcoordinadora:

JOSEFINA MOREL DE MARTÍ

Autores: JORGE MARIO LANZÓN, CARMEN B. VAIRO, OSVALDO S. SOLARI, NOEMÍ REPETTI, JORGE A. DÍAZ RAMOS, JUAN A. MERCADANTE, CARLOS A. CARABBA, CARLOS A. BARCELÓ, LILIANA M. GRINBERG, SIMÓN DRUCAROFF, MARÍA CRISTINA AVENDAÑO, ANTONIO FRANCISCO YOUNG

SUMARIO GENERAL

Introducción al tema "Diferentes formas jurídicas de la empresa en sociedad". Por Francisco J. del Castillo. - Empresa y derecho. Por Jorge Mario Lanzón. - Empresa y derecho. Por Carmen B. Vairo. - Sociedades civiles y comerciales en el derecho positivo argentino. Sociedades de personas y capitales en el derecho positivo argentino. Por Osvaldo S. Solari. Sociedades de personas y de capitales. Por Noemí Repetti y Jorge A. Díaz Ramos. - Unificación del derecho privado. Por Juan A. Mercadante, Carlos A. Carabba y Carlos A. Barceló. - Modalidades en la constitución de sociedades. La sociedad anónima como tipo societario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la gran empresa. Por Liliana M. Grinberg. - Modalidades en la constitución de sociedades en el derecho positivo argentino. Por Simón Drucaroff. - Investigación de la relación existente entre la forma de la sociedad y su eficacia económica. Limitaciones jurídicas y fiscales. Por María Cristina Avendaño y Antonio Francisco Young.

INTRODUCCIÓN AL TEMA "DIFERENTES FORMAS JURÍDICAS DE LA EMPRESA EN SOCIEDAD"

FRANCISCO J. DEL CASTILLO

A los efectos de ordenar y orientar la tarea de investigación, estudio y producción de trabajos sobre el tema, el Colegio de Escribanos nos designó coordinador para el tema primero de la VII Convención Notarial. Si bien se refiere a las "Diferentes formas jurídicas de la empresa en sociedad" debe necesariamente estudiar el tema de la empresa y su vinculación con el derecho y también con la economía.

Es tema de importancia y de gran actualidad, cuyo tratamiento es atractivo y cautivante. Estimamos que es además tema notarial a pesar de que hemos escuchado algunas opiniones manifestando que no es un tema para el notariado.

El Consejo Directivo nos puso en antecedentes de que el tema elegido formaba parte de uno más desarrollado y que era el elegido por el notariado de Francia para tratarse en el Congreso Internacional a celebrarse en París en 1979. Llegamos a saber que el Consejo Federal, ampliando el temario para las Jornadas Nacionales, a celebrarse en Paraná en octubre próximo, había resuelto incluir el tema de la empresa y el derecho.

En pos de descubrir las motivaciones que llevaron a los notarios franceses a elegir el tema de la empresa y el derecho, nos dimos a la tarea de traducir el mensaje de la Comisión de Temas de la Unión Internacional del Notariado Latino leído por el notario Ducret en Guatemala en 1977 en oportunidad de celebrarse allí el último Congreso Internacional.

Frente a este panorama llegamos a la conclusión que para abordar el estudio del tema I de la VII Convención es necesario previamente investigar qué es la empresa, dar su noción, su definición de ser posible, ubicarla en el campo de la economía actual, analizar la empresa individual, la empresa en sociedad y las modernas agrupaciones empresarias, que son las estructuras por las que se canalizan lo que conocemos como el capitalismo tecnológico.

El tema de la empresa es un tema axial. Pensamos que lo primero que deberá encarar quien aborde su estudio es dilucidar el problema de la naturaleza de la empresa. Para destacar lo arduo y complicado que resultará desentrañar su verdadera naturaleza pensemos que en el derecho privado actual van desapareciendo las diferencias entre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

materia del derecho civil y la del comercial en punto a obligaciones y contratos, producto de la tendencia unificadora que ora vuelca su poder unificante en el tronco del derecho civil, ora en el derecho comercial. Elaborando los conceptos de empresario y empresa iremos como llevados de la mano tras esa unificación. La importancia del asunto resulta de lo realizado en forma de empresa, tanto por el empresario individual como asociado, los que han tenido tanta gravitación en los años que van desde 1948 hasta hoy, no obstante las vicisitudes que han ocurrido en varias partes del globo.

Simultáneamente con el estudio y clarificación de la noción de empresa, debe relacionarse el estudio de la función del derecho en la economía actual y llegar al análisis de los regímenes jurídicos que dan nacimiento a ese fenómeno nuevo que es la empresa y que M. Ducret califica como "el motor de la economía actual" y también a los que regulan la vida de la empresa (la individual, la societaria y la agrupación de empresas), ya que esa noción de empresa no aparece manifiesta en la legislación, carece de una teoría tradicional y nace del puro pragmatismo negocial. No obstante debemos reconocer que tiene ganado su lugar en la terminología técnica de los juristas.

El derecho nos ayudará a interpretar y determinar con más precisión el concepto de empresa que campea en la economía. Nos hemos de preguntar si existe una teoría de la empresa. Sabemos que después del Código italiano de 1942, que reemplazó el criterio de comerciante por el de empresario, empieza a preocupar con mayor asiduidad a los juristas, aunque había muchos que se habían ocupado de la empresa con anterioridad.

Teoría de la empresa, sistematizadora de normas, mercantiles o no. Empresa como sujeto de derechos. Empresa, acto de comercio. Empresa como sinónimo de empresario, físico o jurídico; empresa como hacienda mercantil o fondo de comercio, o empresa como forma no societaria de organización económica.

Sabemos que en rigor no hay un derecho de la empresa y que por ahora los empresarios deben manejarse con instituciones análogas proporcionadas por la literatura jurídica.

Tendremos que determinar si denominaremos empresa sólo a la que tenga gran dimensión o tomaremos el concepto también para los negocios familiares (de artesanos comerciantes, agricultores, industriales o profesionales liberales).

También deberemos estudiar los regímenes jurídicos que regulan la empresa en su evolución hasta los que formalizan su extinción, teniendo en cuenta que lo que podría denominarse derecho de la empresa abrevia en las fuentes de otras disciplinas jurídicas además del derecho comercial.

Analizaremos si la antigua división en sociedades civiles y comerciales y en sociedades de personas y capitales, puede seguir prestando utilidad o debemos abandonarla porque no nos permite encasillar en ella las formas empresariales modernas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En su mensaje a la Unión, el notario Ducret nos habla de "célula prospectiva", queriéndonos señalar que el notario debe ser como una sementera en la que germinará y desarrollará la regulación jurídica de la empresa. Por ello debemos estudiar, investigar y determinar si esa distinción societaria antes mencionada, tiene posibilidad de sobrevivir o deberá ser sustituida por otros institutos jurídicos.

Estamos habituados a identificar a las sociedades, o mejor dicho a la sociedad anónima o compañía, con la concepción de empresa y entonces a esa persona ideal, como titular de derechos, le imputamos esa organización que articula trabajo y capital, que es dinámica, que es todo funcionalidad. Pero también el sujeto físico puede crear esa organización. Y aquí, habida cuenta de las teorías relativas a la conducción de los negocios, debemos pensar si la empresa requiere una organización que sea impersonal y que el gobierno y la dirección surjan de la convergencia de criterios plurales que encaucen los esfuerzos que se realizan para que tengan eficiencia desde el punto de vista económico, o sea la exacta aplicación del capital que se invierte, el conocimiento que se aplica y el trabajo conjunto que ejecuta la actividad comercial de cada empresa.

Debemos dilucidar entonces y tomar partido si el límite de la noción de empresa estará dado en función de la complejidad del negocio o por la ocupación de personas en la organización o deberemos poner el acento en la cooperación, sincronización y comunicación de tareas que forman el objeto empresarial.

Será nuestra tarea ratificar que la forma del documento notarial es el instrumento idóneo para las diferentes modalidades de constitución de sociedades en el derecho positivo argentino.

Finalmente debemos investigar las imposiciones o limitaciones jurídicas y las fiscales que tiene la relación "forma de la sociedad con su eficacia económica y toda su problemática, que sabemos que es cambiante, porque lo es el mundo en el que actúa y se desenvuelve". En una primera etapa esas limitaciones deberán sistematizarse, para entonces proceder en una segunda etapa a la profundización de su estudio investigando el porqué se llegó a ellas y cómo han sido plasmadas en las diversas regulaciones, y escudriñar su futuro. Nosotros estimamos que revisar y recopilar las limitaciones jurídicas y hacer con ellas un ordenamiento sistemático, es como si estudiáramos la empresa con un enfoque desde las antípodas. Tenemos acostumbrada nuestra mente al racionalismo y analizamos todo instituto jurídico desde su noción, concepto o definición y luego pretendemos desarrollar toda la teoría general de ese instituto. Pues bien, estudiar ese mismo instituto desde el ángulo de las limitaciones jurídicas significa que primero ordenaremos metodológicamente lo que impide que la empresa se organice de tal o cual forma jurídica y la incidencia que ello pueda tener en la materia económica. Las restricciones, prohibiciones y limitaciones impuestas por la ley, por las que sean provenientes de la naturaleza de las cosas y las que provengan del principio de especialidad; las que provengan en razón

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la actividad de la sociedad; las que resulten de la capacidad o calidad de sus componentes; las que resulten de la protección del interés nacional en cualquiera de sus aspectos; las que resulten de las formas adoptadas y del objeto; las que resulten de la fiscalización estatal y la privada; y finalmente, aunque no las de menor importancia, las que resulten de las leyes impositivas o fiscales, que tendrán una incidencia directa y modeladora de las formas jurídicas que las personas físicas adopten para realizar el acto colectivo o conjunto de organización.

Quizás como punto final - que también puede ser punto de partida - podríamos decir que la empresa, ubicada según nuestro modo de vivir, occidental y cristiano, en el plano de la propiedad privada, debe tener cierta dimensión de importancia, teniendo en cuenta el número de personas involucradas y su complejidad de tareas, y debe tenerse presente el criterio económico del costo, y finalmente, el propósito de ganancia o lucro o beneficio.

Esta idea no es más que una incipiente toma de posición inicial y personal que la manifestamos para que sea debatida y desmenuzada.

Una vez llegados a este estado de nuestra investigación - para no perder de vista nuestro enfoque - debemos ubicar al notario dentro de esa organización de esfuerzos humanos para la producción de bienes y servicios que es la empresa.

Debemos considerar el rol del notario en la satisfacción de las necesidades jurídicas y contractuales de la empresa y debemos considerar su actuación como consultor, como asesor y consejero de la empresa y del empresario.

¿Qué papel desempeña el notario en ese quehacer que es la empresa? Será un asesor, cuando el o los empresarios acudan para su consulta o pedido de consejo acerca de la forma en que documentarán sus relaciones, sea entre sí, sea en los actos de gestión, de decisión, con los técnicos, directivos, empleados y obreros, en sus relaciones con los terceros y con el Estado, y finalmente cuando responda sobre las imposiciones o limitaciones jurídicas y sobre los aspectos fiscales, estos últimos que como un marco rodean toda la actividad jurídica y la deforman o distorsionan.

Si la empresa adopta la forma societaria, entonces será el estatuto o contrato social y toda la rica veta jurídica que ese reglamento existencial y funcional deberá proveer para la buena marcha de la organización.

Después serán los contratos de empresa, y entonces el notario deberá tener presente las estructuras de los clásicos contratos del derecho civil y del comercial y sobre sus bases edificar la redacción de los nuevos contratos de empresa en los que para su elaboración deberá imaginar el comportamiento de las partes durante la ejecución de esos contratos y su cumplimiento o incumplimiento, convirtiéndose así en una verdadera ley particular de las partes.

También el notario deberá tener presentes las vinculaciones empresarias con los organismos privados y con los públicos, a efectos de que las relaciones que se lleven a la documentación sean interpretadas como se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concibieron.

Es obligación nuestra estudiar, investigar y probar, dando fundamentos jurídicos valederos, que es de rigurosa necesidad de los contratos sociales y los empresariales la instrumentación en escritura pública, que es instrumento de máxima jerarquía entre los auténticos.

Finalmente el notario, como consejero del empresario o de la empresa, debe enderezar el sentido de su asesoramiento o consejo, siempre en consonancia con los altos fines de bien público y de servicio a los intereses de la Nación, pensando que si todos los habitantes de un país obran en un sentido unívoco, la comunidad toda resultará beneficiada.

Consideramos un acierto haber elegido el tema que nos ocupa por el Colegio de Escribanos de la Capital Federal, pues sabemos ya que es parte del que se ocuparán la Jornada Notarial Argentina próxima y el Congreso Internacional del Notariado Latino de 1979.

De esta manera la actividad jurídico - cultural, entrenada durante un tiempo prolongado, se proyectará en la deliberación internacional con una adecuada preparación doctrinal.

Así llevaremos a la confrontación jurídica del Congreso Internacional la jerarquía científica de los estudios realizados por el cuerpo profesional notarial con afán integrativo, habiendo puesto en movimiento las inquietudes de investigación en esfuerzos conjuntos, todos ordenados por la aptitud común que estimula y crea el ambiente ideal para la formación de conceptos que tendrán el carácter universal y que nos permitirán llegar a las conclusiones jurídicas más avanzadas.

Quince Congresos que abarcan un período de treinta años nos llevan al convencimiento que los notarios de casi cuarenta países tienen inquietudes jurídicas y que ese valioso aporte científico jurídico ha significado positivos progresos para la solución y seguridad de conflictos e intereses jurídicos, económicos y profesionales, que han trascendido el orden interno de los países miembros.

Los logros de estas convocatorias periódicas internas, locales, nacionales, regionales y luego internacionales, han significado progresos de la ciencia jurídica, resultado de las confrontaciones de opiniones, doctrinas en ebullición y deseo ferviente de conocimiento cada día más exentos en un mundo cada vez más competitivo.

En síntesis, podemos decir que el desarrollo temático expuesto tiene en cuenta los objetivos inmediatos y mediatos de nuestro Colegio que son: Los inmediatos: preparar científica y técnicamente a los notarios para el Congreso de París de 1979; y analizar la empresa en su situación vinculada al derecho y a la economía, para hacer conocer los resultados obtenidos en la Jornada Nacional de Paraná. Los mediatos: la jerarquización científica del notariado, adentrándose en estudios de temas actuales de los que pueda proyectarse la creación jurídica y mantener en actitud de estudio permanente al cuerpo profesional.

El trabajo presentado tiene así tres partes: la introducción, que nos da una noticia sobre el objetivo deseado; el trabajo en sí, respondiendo a la materia comprendida en la convocatoria, y finalmente las conclusiones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La labor de coordinación ha intentado un ordenamiento metódico y organizado del tema, desarrollándolo conforme a una interpretación armónica.

El estudio de la problemática jurídica que aparece en el tema estudiado está inmerso en la labor cotidiana de los notarios y en la tarea de los que han escrito las monografías prologadas en un aporte valioso para su profundización.

Los hemos visto complementarse y ayudarse entre sí, hemos sabido de las horas útiles que han restado a su actividad profesional para dedicarse al ejercicio del saber. Tienen vocación de juristas y un gran espíritu comunitario profesional. Nuestra labor se ha visto grandemente facilitada.

EMPRESA Y DERECHO

JORGE MARIO LANZÓN

1. Empresa

"Empresa" es un concepto económico - luego volveremos sobre el tema cuando encaremos el punto relativo a su definición - que esconde un contenido clave: el individuo disfruta de cierto grado de libertad de acción, y en consecuencia sus decisiones particulares influyen en el curso de los acontecimientos históricos. Y estas decisiones humanas, adoptadas pensando en la obtención de beneficio en sentido amplio, han influido en forma considerable en la corriente de cambio económico y social durante un largo período de tiempo y en muchas partes del mundo. Es así como Schumpeter descubre en el empresario creador la fuerza principal en la generación del cambio económico.

Pero he aquí que el vocablo "empresa" ha sido utilizado de muchas y diversas formas y con distinto significado. La literatura jurídica (Halperín, entre otros) se ocupa en señalar continuamente que empresa, empresario y actividad empresarial, son conceptos utilizados como sinónimos y confundidos en muchas ocasiones. Es, posiblemente, porque la adopción de decisiones y la producción y generación de cambios, nacidos a impulsos de la actividad creadora del hombre de negocios, son rasgos socioeconómicos fundamentales en la empresa, y confieren vida y fisonomía propia a este instituto. Y su amplitud hace que el vocablo que enmarcan tenga un carácter omnicompreensivo. También parte de allí la confusión apuntada.

Este trabajo introductorio pretende señalar lo que afirmamos al principio: Empresa es un concepto económico, sustancialmente. Cuando se introduce en el marco de las disciplinas jurídicas, con toda esa carga trascendente, no podemos desconocer estos perfiles y circunscribirlo como una institución más o menos moderna dentro del derecho mercantil. De esta forma - sin quererlo - subestimamos el tema, le hacemos perder sustancia, importancia y dimensión y lo fundimos con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

institutos análogos de la misma rama del derecho. De allí por lo general que su estudio se haga comparándolo con conceptos tales como: actos de comercio, fondos de comercio, estatuto del comerciante, hacienda comercial, etcétera.

Acotemos que ninguna rama del derecho, tanto público como privado, resulta indiferente al tema. Esto desde ya es prueba cabal de su importancia. Resulta personaje principal de toda la actividad jurídica.

El derecho penal lo estudia dentro del capítulo de los delitos económicos; el derecho administrativo en relación con las empresas del Estado y en la relación de las empresas privadas con el Estado; el derecho tributario como sujeto de la obligación fiscal y como generador de actividad económica importante dentro del aspecto político de la imposición; el derecho laboral porque reconoce cada día más en la empresa una de las partes integrantes de su instituto más característico: el contrato de trabajo; y finalmente, pero sin cerrar la lista de disciplinas jurídicas interesadas, el derecho constitucional y el político. Además éstos, que lo observan a través del lente de la ciencia política, ven, por ejemplo, en las empresas multinacionales, uno de los hilos conductores por donde transitan las fuerzas del poder en la sociedad contemporánea.

El derecho comercial ha debido reaccionar y realizar un trabajo de acomodamiento de sus estructuras ante el moderno fenómeno de la empresa, cuyos perfiles aparecen en el Código Civil italiano de 1942, luego de su "inesperada aparición" al decir de Le Pera, dentro de los actos de comercio en el Código francés. Ha señalado Ripert, en su Tratado elemental de derecho comercial, que las particularidades del derecho mercantil lo hacen singularmente evolutivo. De allí que no haya podido permanecer indiferente ante la presencia de la empresa.

Mossa y Ascarelli reconocen esa presencia histórica del derecho mercantil: La transformación de la economía capitalista y las características de la sociedad de masas son notas singulares de la mencionada evolución. Garrigues, en su Tratado de derecho mercantil, señala que "la simple observación de la realidad nos demuestra la característica de que el derecho mercantil no es la regulación de las actividades aisladas, sino la de los actos en masa".

El carácter cambiante del capitalismo, señalado por Mossa y Ascarelli, es remarcado también por Gras, encomendado por el decano Donham, en Harvard, a partir de 1927, para realizar una tarea de sistematización - con rigor científico - de la disciplina conocida con el nombre de Historia de la Empresa, constituida en importante pieza del pensamiento económico y herramienta útil para llegar a una completa y acabada teoría de la empresa. De los estudios realizados surge una relación entre las etapas del capitalismo con las alteraciones de los sistemas empresariales, identificando cada una de esas etapas con los tipos de empresa y grupos dominantes: I) Pequeña empresa; II) Empresas mercantiles; III) Empresas industriales (especializadas) y IV) Financieras y nacionales.

Entre nosotros, Halperín señala que el concepto de organización impreso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en la definición de sociedad que contiene el art. 1° de la Ley de Sociedades, "pone deliberadamente la noción de empresa - subyacente en todo concepto de sociedad - como eje de la actividad societaria". Considera además que es un paso avanzado en la transformación del derecho mercantil.

Repetimos a manera de síntesis: el concepto empresa es económico y omnicomprensivo, al tomar el derecho este fenómeno moderno - que le viene de otra disciplina: la economía - lo recepta en forma amplia. El objeto final de este trabajo es encararlo desde el punto de vista de las formas societarias, que enmarcan a la empresa, pero no puede darse en este primer transitar a mi cargo por el tema, una noción de la misma ni de su relación con el derecho sin denunciar su trascendencia e importancia, que hace que cada día tenga una difusión mayor, no sólo en el lenguaje vulgar y corriente de las prácticas comerciales, sino en el técnico - científico especializado.

2. Definición

Señalamos en el punto anterior el significado disímil de la palabra "empresa" (El Descubrimiento de América, la "Ford Motor Compan" y hasta un taller mecánico, son actividades humanas denominadas como grandes o pequeñas "empresas". Son sinónimos de empresa, para el Diccionario español de sinónimos y antónimos de Sainz de Robles, los vocablos: operación, tarea, iniciativa, intento, designio, sociedad, compañía, industria, explotación. Cuando se confunden características de organización con el fin último valorativo de una actividad, el vocablo puede llegar a usarse hasta peyorativamente. De allí que a un club deportivo, o a una institución religiosa, se las denomina como a una "empresa", queriendo expresar que se han dedicado al lucro, abandonando sus fines primarios o específicos, o que han adoptado modos de actividad y organización copiados de las empresas comerciales).

En un diccionario Larousse, común, encontramos que se identifica el término con el de "sociedad comercial e industrial". Por otro lado extraemos del Código de Comercio argentino anotado, del Dr. Alconada Aramburú, las siguientes connotaciones jurisprudenciales del mismo concepto: "a) La empresa no se caracteriza por el monto arbitrario del capital empleado o importancia de las actividades desarrolladas, sino por la coordinación de uso de capitales y de trabajos de terceros (C. N. Paz 5/7/46, L.L. 43 - 433; C. Com. 31/5/40, J.A. 71 - 120), consistente en una Organización sistemática de actividades y medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas (C.N.Paz, Sgo. del Estero 19/10/46, J.A. 1947 - I - 210); es la realización profesional de los actos de comercio relacionados con la actividad emprendida (C. Com. 29/11/149, L.L. 58 - 5; J.A. 1950 - II - 97); es el conjunto económico de elementos humanos y materiales reunidos por un fin económico: lucrar con el desarrollo de sus actividades (T. Tr. S. Nicolás, 30/10/51, J.A. 1952 - I -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

146); b) Para poder denominar como empresa a un individuo debe existir solvencia y responsabilidad para responder por las obligaciones que adquiere (C. N. Trab., 30/10/63, J.A. 1964 - III - 428); el empresario responde por las obligaciones contraídas por él directamente o por terceros debidamente autorizados (C. J. S. Juan 11/11/60, J.S.J. 1961 - I - 71)".

Según el Código Civil italiano, la empresa sería una actividad económica organizada para la producción o el intercambio de bienes o servicios con preponderante empleo del trabajo ajeno (arts 2082/2083, Cód. Civil).

En un rápido pantallazo, y atento la brevedad que este trabajo demanda, hemos presentado - parafraseando a Bertrand de Jouvenel - al Minotauro.

Hablamos ya en el punto anterior de la carga trascendente que encierra el concepto, que lo ha convertido en uno de esos términos "omnicomprensivos" que como quieren expresar muchas cosas, todas al mismo tiempo, se convierten en vagos e imprecisos, por ese carácter "mágico" del lenguaje. De allí que los que se han ocupado del tema coinciden en la imposibilidad manifiesta de dar una definición de "empresa" (Le Pera: Es una tarea condenada al fracaso, porque no hay tal noción "absoluta" por captar).

Pero hay una realidad: dentro del concepto general de "empresa" existen ciertos contenidos que, pese a su generalidad manifiesta, pueden encerrar ciertas constantes. Y recorriendo el camino de esos contenidos podemos llegar a esas constantes que si bien no nos permitirán arribar a una definición por su falta de perfecta nitidez, facilitarán una delimitación de la figura. Hemos elegido como tales contenidos sin negar la existencia de algún otro: a) Empresario; b) Actividad empresarial y c) Magnitud de la empresa.

Aclaremos que hasta ahora y hasta el final de este punto, nos referimos al concepto empresa en sentido lato, y no desde un punto de vista jurídico ni mucho menos relacionado con su "naturaleza jurídica".

a) Empresario: Evolución en Francia, Inglaterra y los Estados Unidos: A principios del siglo XVI, se distinguía con este nombre a quienes dirigían expediciones militares. De allí en adelante empresario era sinónimo de "aventurero". Más adelante, en Francia se distinguió con este nombre a los contratistas por cuenta del gobierno para la construcción de obras públicas, especialmente en materia de carreteras, puentes, puertos y fortificaciones. Un autor francés, Richard Cantillon, en 1755, trata de atraer la atención sobre el término "entrepeneur" dándole un carácter técnico, siendo la esencia de la función del empresario "la aceptación de incertidumbre". Consideraba empresario a quien no sólo compraba sino que también vendía a precios no determinados, y dentro de este tipo lo eran todos aquellos comprometidos en una actividad económica, salvo los príncipes, terratenientes y trabajadores. Los fisiócratas del siglo XVIII identificaban al empresario con el agricultor, y atento que para ellos la tierra era la única fuente de riqueza, colocaban al empresario en una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posición predominante. En esta esfera, se atribuía al empresario todas las características esenciales de la adopción del riesgo y de la innovación. Se decía del empresario industrial "como alguien que arriesgaba capital".

Luego de un lapso en que cada economista identificaba al empresario conforme las diferencias fundamentales de las características del sector de la economía que tomaban a su cargo, llegamos a 1815 en que Jean Baptiste Say en su *Catechisme d'économie politique* habla del empresario como el agente que unifica todos los medios de producción y logra con el valor de los productos el restablecimiento de todo el capital empleado (propio o conseguido a préstamo) más el valor de los salarios, intereses y rentas que paga, además de los beneficios que le pertenecen.

En contraste con los franceses, los ingleses utilizaron bastante menos los términos coincidentes: "adventurer", "undertaker" y "projector". No llegaron a generalizarse estos términos, existiendo, sin perjuicio de ello, cierta analogía entre los "merchant adventurers" del siglo XVI con los empresarios franceses. "Entrepreneur", como contratista por cuenta del gobierno, tuvo su homólogo inglés en el término "undertaker". "Projector" se equipara a inventor, pero también a "fraud" o "swindler".

El concepto de empresario sufre luego una declinación completa. Algunos señalan que la teoría clásica, por ejemplo en materia económica, se basaba en una situación normal de equilibrio; y por lo tanto decir que el empresario era recompensado por aceptar un riesgo, es decir por la incertidumbre, equivalía a la negación de todos los conceptos básicos de la teoría económica clásica inglesa. Además de todo ello, la estructura económica de mediados del siglo XIX colabora con ese oscurecimiento. El esquema económico de la época estaba constituido por pequeñas empresas, en las cuales el factor personal o familiar tenía suma importancia, llevadas a cabo en la gran mayoría de los casos por los mismos propietarios capitalistas, cuya remuneración podría considerarse como retribución del rendimiento del capital, más que como compensación de la capacidad empresarial. Marshall, señalado pilar de esa teoría clásica, llega a aludir en *principles of economics* a la distinta situación de las grandes empresas regidas por "managers"; pero al trazar el periplo de crecimiento industrial manufacturero inglés, utiliza indistintamente los términos "capitalista" y "empresario".

Los economistas norteamericanos resucitan el término, porque el fenómeno económico del desarrollo relativamente temprano de grandes sociedades en EE. UU., los lleva al análisis de la actividad humana que está detrás del evento económico, como algo distinto a la propiedad del capital o a la aportación del mismo. Francis A. Walker (1870), distingue al empresario del capitalista, y llama a los primeros "ingenieros del progreso industrial" y "agentes principales de la producción"; Frederick B. Hawley (1882) identifica la actividad del empresario como "la aceptación del riesgo" y a esta calidad la incluye entre los factores de la producción,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tales como la tierra, el trabajo y el capital; Commons insiste en la aceptación del riesgo como manifestación distintiva del empresario y John Bates Clark (1912) relaciona los beneficios empresariales en cuanto excedente sobre la renta y el interés, con la introducción afortunada de mejoras tecnológicas, comerciales o de organización en el proceso económico. Schumpeter, desde la cátedra de Harvard, atrae la atención al papel esencial del empresario en la creación de beneficios, que derivan, como el interés, del cambio progresivo y no existen en una sociedad estática, y ese cambio es obra de empresarios y hombres de negocios innovadores, y dado que un cambio estimula otros cambios, existe cierta tendencia acumulativa a producir prolongados períodos de auge de los beneficios y de la actividad económica. Para Schumpeter, un "manager" sólo era empresario, cuando ofrecía una respuesta creadora e innovadora. En esta misma tesitura se halla Cole, quien identifica más el empresario con la actividad empresarial, a la cual nos referiremos a continuación.

Modernamente, se coincide en que el término empresario se refiere más bien a un ideal que a una persona real. Cualquier hombre de negocios o ejecutivo según la forma como realice su actividad puede convertirse en un empresario, sin que por ello pueda elaborarse una clasificación que distinga específicamente entre empresarios y no empresarios.

b) Actividad empresarial: El citado Cole define la actividad empresarial como la actividad deliberada y finalista (incluyendo una secuencia integrada de decisiones) de un individuo o un grupo de individuos asociados, emprendida para iniciar, mantener o ampliar una unidad económica orientada al beneficio, para la producción o distribución de bienes y servicios. Otros estudiosos han ampliado este punto de vista y manifiestan que se da actividad empresarial, en la medida en que está organizado el comportamiento de la empresa, no existiendo en la medida en que este comportamiento sea desorganizado, aleatorio o autodestructivo. Otra escuela subraya las diferencias entre la función empresarial de adoptar decisiones innovadoras o estratégicamente importantes y la función gerencial de llevar a cabo las actividades más rutinarias de la organización económica. Otros señalan que en culturas con distinta orientación que una eminentemente económica (como la de los EE.UU.) diferirán las características típicas de la actividad empresarial (capacidad de mando, innovación, adopción de riesgos, etc.). Los no especialistas subrayan la importancia del proceso de decisiones, acentuando la actividad empresarial de la simple actividad o función gerencial.

c) Magnitud de la empresa: El problema de la pequeña empresa ha atraído menos la atención de los especialistas que la de la empresa a gran escala, quizás por la trascendencia socioeconómica de esta última. Si existen problemas decisivos para definir la empresa, también hay problemas, y grandes, para decidir cuándo una organización o unidad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económica configura una grande o pequeña empresa. Se toman distintos índices comparativos: por ejemplo, se dice que las características de la pequeña empresa son: a) Especialización relativamente escasa de la dirección (dirección unipersonal); b) Estrechos contactos personales con los trabajadores, clientes, proveedores y propietarios (la propiedad de la empresa coincide con la dirección); c) Dificultades para obtener capital y créditos; y d) Que exista un buen número de unidades de la pequeña empresa.

Otros identifican la magnitud de la empresa, con el número de personal que ocupa. Pero para ello juega un papel importante la relación con el factor ambiental, pues no es lo mismo, si la empresa se halla en un país desarrollado o semidesarrollado. Por ejemplo: un informe de las Naciones Unidas con relación al desarrollo de las manufactureras industriales en Egipto o Israel (1958) identificaba las empresas medias y grandes con los establecimientos con diez o más trabajadores; en cambio, en el otro extremo geográfico y económico, la definición oficial de pequeña empresa de los Estados Unidos incluye establecimientos con 250, 500 e incluso 1000 empleados, según la industria.

La síntesis de constantes que prometimos al principio la manifestamos así, a modo de conclusiones parciales, con relación a lo expuesto hasta aquí:

1) El concepto empresa, como así también el de empresario y actividad empresarial, son eminentemente económicos. De allí proviene la dificultad de definir la empresa desde las disciplinas jurídicas, sin tener en cuenta lo postulado anteriormente.

2) No puede haber empresa, empresario ni actividad empresarial si no existe una organización dinámica, con tendencia a producir cambios, transformaciones y aceptando el principio de la incertidumbre y del riesgo como factor de producción. De allí que el vocablo - atenta su raigambre histórica - comprenda también a otras actividades que las eminentemente económicas cuando, por ejemplo, señalan organizaciones dinámicas o cuando deben sintetizarse acontecimientos realizados por el hombre con espíritu aventurero.

3) El dinamismo en la empresa se basa en la toma de decisiones integradas, adoptadas por personas profesionalmente especializadas, que por lo general, no tienen nada que ver con los propietarios del capital afectado a la unidad económica.

4) La llamada actividad empresarial puede ser desarrollada indistintamente por medio de personas individuales o por un grupo organizado de personas, siempre y cuando se adopten los métodos y fines antes apuntados.

5) La finalidad del beneficio económico (que debe entenderse en sentido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

amplio, no tiene por qué traducirse en dinero; puede ser economía, ahorro de gastos, etcétera: Halperín) en la empresa comercial, no es necesariamente el rasgo distintivo para caracterizar una unidad económica como empresa.

6) La empresa se inserta dentro del contexto socioeconómico regional, existiendo influencias recíprocas entre las empresas y el Estado, que serán de mayor o menor magnitud conforme el volumen de la empresa en cada caso.

7) La ocupación de trabajo ajeno distingue a la empresa de la simple actividad económica, siendo - de acuerdo a su magnitud - un parámetro, a su vez, de la magnitud de la empresa.

3. Su rol actual en la economía. Porvenir previsible

El mundo moderno, en todos los órdenes y principalmente en el económico, no acepta el estancamiento; más aún, necesita - casi con angustia - del dinamismo, de la audacia, del cambio. Quedarse quieto significa retroceder. Cada vez más los desafíos tecnológicos, las necesidades del consumo creciente, hacen necesario la mayor concentración de capitales, la creación de poderosos conglomerados industriales.

Con referencia a las grandes empresas multinacionales, con sólo leer las primeras páginas del difundido libro de Jean - Jacques Servan Schreiber, El desafío americano, tenemos una idea de lo que representan esas empresas en el mundo de hoy: "...La aceleración reciente de los movimientos de concentración y de fusión en Europa tiene por causa esencial la necesidad de hacer frente a gigantes americanos como I.B.M. y General Motors... Las filiales de las sociedades anónimas han invertido 10.000 millones de dólares suplementarios en Europa Occidental... Una a una las sociedades americanas ponen en pie estados mayores destinados a cubrir el conjunto de sus actividades en toda la Europa Occidental. Este federalismo real, el único en Europa a nivel industrial, va ya mucho más lejos que lo que habían imaginado los expertos del Mercado Común. La Unión Carbide instaló su estado mayor para Europa en Lausana, a fines de 1965. La Corn Products Company, que tiene hoy día diez filiales en Europa, decidió, después de estudiarlo, trasladar de Zurich a Bruselas sus servicios de coordinación, y más tarde los transformó en un estado mayor de mando. La sociedad I.B.M dirige ahora todas sus actividades europeos desde París. La Colanese Corporation of América acaba de establecer su estado mayor en Bruselas. La American Express Company ha creado un comando europeo instalado en Londres. La Standard Oil de New Jersey estableció su puesto de mando europeo en Londres para el petróleo (Esso - Europe) y en Bruselas su puesto de mando para la química (Essel Chemical S.A.)..." y refiriéndose al porvenir no ya de las empresas sino

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de sus asesores: "...Los tres gabinetes de asesoría instalados en Europa (Booz, Allen and Hamilton; Arthur Little Inc. Mc. Kinsey and Company) duplican sus efectivos cada año desde hace cinco..."

Otro autor, W. Friedman, se refiere al tema en su obra El derecho de una sociedad en transformación en los siguientes términos: "...La aparición de la gran sociedad anónima industrial - despersonalizada e institucionalizada - como fenómeno social de gran importancia y su influjo sobre la estructura jurídica, económica y social de la sociedad, ha llamado la atención de los pensadores norteamericanos más que los de otros países, cosa nada sorprendente. Desde la terminación de la segunda guerra mundial, varios eminentes jurisconsultos, sociólogos y economistas norteamericanos, han intentado analizar algunos de los efectos a largo plazo de este hecho nuevo, y han llegado, cosa que tampoco es nada sorprendente, a conclusiones muy diferentes. Sólo están de acuerdo en un hecho, que la gran sociedad anónima no puede ser legislada ni deseada fuera de la estructura de la sociedad industrial moderna; que es un producto inevitable de la técnica industrial moderna, de la organización de la sociedad industrial moderna y de las exigencias mínimas de producción en gran escala que un mundo constantemente preparado para una guerra posible debe formular a los recursos productivos del país".

Atento su poderío económico, y la extensión de sus actividades cada vez más crecientes, es indudable que el porvenir de las empresas. como unidades económicas tipo, especialmente en los países industrializados) se halla asegurado. Paradójicamente, no sucede lo mismo en el campo jurídico en la elaboración de una teoría jurídica de la empresa. Incluso en los Estados Unidos, los economistas han abandonado los estudios destinados a sistematizar una elaboración científica del tema, dedicándose al estudio de empresas en particular. Parecería que el problema se agota en la subsunción de la figura, dentro de otros institutos tales como el acto de comercio; el estatuto del comerciante; la hacienda comercial; el fondo de comercio, que son tradicionales. Y sin embargo, la tan deseada unificación del derecho civil y del comercial, muy bien podría concretarse teniendo en cuenta una bien merituada teoría empresarial.

4. La empresa como sujeto y objeto del derecho

La empresa involucra además de las constantes expresadas, un patrimonio o hacienda comercial. Aquí también existe confusión en el lenguaje; pero la importancia de la cuestión no es meramente teórica o académica. Radica, muy especialmente, en la protección de los terceros, que el derecho toma a su cargo. La pregunta en este campo a formularse es la siguiente: ¿la empresa representa por sí sola, en sentido lato, un patrimonio distinto, de afectación distinta, sometido a específicas normas también distintas o es solamente una actividad comercial más de una persona ideal o jurídica inmersa en su patrimonio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

total?

Desde el punto de vista económico o político, ya hemos visto que no aparecen dudas de la aparente singularidad, o si se quiere "individualidad" de la empresa. Hemos visto que hay autores que las comparan con Estados, y que hablan de ellas como entes dotados de los atributos de una persona. Pero el derecho se resiste a conferir tal individualidad. Y más aún, cuando se abusa de la personalidad conferida a las sociedades, por medio de remedios legislativos y jurisprudenciales especialmente, se trata de descorder el velo que las cubre para desentrañar qué hay detrás de un conjunto de ellas, analizando quiénes las constituyen; el origen de sus capitales; la identidad entre sus dirigentes, etc. (Teoría de la penetración de la persona jurídica. Doctrina del "disregard".)

Por todo ello, la empresa será sujeto u objeto de derecho, conforme a la posición que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de su patrimonio. Y llegado a este punto, vemos el rol importante que juega la forma que adopte la empresa, temática olvidada por aquellos que incursionan en alturas jusfilosóficas, tratando de desentrañar conceptos tales como: naturaleza jurídica, persona jurídica, etc. Es decir, sin la visualización notarial del problema.

La empresa será sujeto de derecho si aceptamos que su patrimonio se halla separado del patrimonio de sus dueños. Esto no se da en todos los casos en que la empresa se constituye como sociedad, porque aquí entra a jugar el tipo de sociedad que se adoptó: sociedad anónima, de responsabilidad limitada, colectiva, etc. En cambio la empresa individual es siempre "objeto del derecho", porque el patrimonio total del comerciante responde por las deudas y obligaciones propias y ajenas a la explotación.

5. Empresa individual . Empresa en sociedad. Agrupación de sociedades

Hemos manifestado nuestra posición en el sentido - que reiteramos ahora - que el concepto "empresa" tiene relevancia económica, no jurídica. Más sencillo: se lo capta con mayor precisión en el campo de la economía (macro o microeconomía) que en el terreno del derecho.

Subsidiariamente al tema tratado en el punto anterior, nos hallamos ahora ante las distintas formas jurídicas que adopta la empresa. No repetiremos lo dicho en el mismo punto acerca de la responsabilidad patrimonial. Explicitaremos aún más la cuestión diciendo que desde el punto de vista jurídico el tema de la empresa individual entronca con lo que en teoría se llama "sociedad unipersonal". Si puede limitarse la responsabilidad dentro de un marco societario, parecería que no hay argumentaciones valederas para que esa limitación se produzca con relación a una persona individual. Todo esto implicará la necesidad para los juristas de replantear la milenaria teoría contractual, y muy especialmente la ubicación de la sociedad dentro de los contratos. En Alemania este camino se buscó por el lado de una teoría de la empresa;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nació así, también, el concepto de "entidad individual de responsabilidad limitada", con la formulación legislativa en el régimen del Principado de Liechtenstein. Con ciertas prevenciones - se trata de un tema muy amplio para tratar de dilucidarlo en esta ocasión - señalamos la existencia de las poderosas fundaciones en los Estados Unidos (Las "donaciones institucionalizadas" que señala Friedman en su obra ya citada). Estamos de acuerdo con aquellos que señalan que los argumentos en contra de la limitación de la responsabilidad individual del empresario, no son valederos, pues se basan en la contención de los posibles fraudes y perjuicios (Lepera: "La prohibición de sociedades unipersonales como manera de impedir eventuales abusos, es sustancialmente la manifestación de un estado de impotencia frente a los abusos, cuando ellos son cometidos por falta de herramientas apropiadas que posibiliten el control judicial de tales situaciones. En la medida en que este control pueda ser producido con relativa soltura ante situaciones concretas, carece de mayor justificación el mantenimiento de la insuficiente e inadecuada protección que resulta de la genérica condena de las sociedades unipersonales). Creemos que a las dos caras de Jano de la teoría agonal en materia política (reconocida desde Aristóteles hasta nuestros días), la lucha política y la integración, corresponden también dos formas de legislar distintas. En la época de eminente "lucha política", todo está mechado de punición, para prevenir posibles dolos o fraudes; en la otra época, de "integración", cuando una comunidad construye, la legislación tiene un sentido positivo y de progreso. Una legislación adecuada sobre fondos de comercio que no se contentara, como nuestra 11867, a ver al fondo de comercio en un momento especial - el de su transmisión - y que buscara no sólo proteger a terceros sino que estableciera un verdadero estatuto del fondo de comercio, con la intervención notarial para asegurar la eficacia y seguridad de la instrumentación, puede ser un camino adecuado para el establecimiento de la limitación de la responsabilidad del empresario individual.

Por otro lado, vimos que la manera de lograr la limitación de la responsabilidad es adoptar algún tipo societario que así lo consagre. Pero dentro del tema de la empresa, esta necesidad no es la única determinante de la elección de tipo societario, pues si la sociedad anónima se da para la gran empresa, no es solamente por ese afán, sino porque se considera a la S.A. el vehículo idóneo para el logro de capital a los efectos de la realización del objeto social, además de otras ventajas tales como el anonimato y la posibilidad de la dirección técnica de la empresa, alejada de la posesión directa del capital. La pequeña empresa en nuestro medio ha buscado refugiarse en el tipo previsto en las sociedades de responsabilidad limitada; la explotación agraria, sin perjuicio de su constante evolución hacia nuevas formas, se ha refugiado en el marco de la sociedad colectiva; en tanto que las sociedades en comandita simples o en comandita por acciones, y las sociedades de capital e industria, son utilizadas en casos muy especiales, y por lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

general, fuera del marco empresario, por lo menos con los caracteres que hemos querido expresar en este trabajo introductorio.

Los abusos cometidos por la agrupación de sociedades tratan de ser solucionados con medidas legislativas y jurisprudenciales, por la doctrina del "disregard" y los principios del allanamiento de la personalidad jurídica.

6. Regímenes jurídicos de la empresa en sociedad en el derecho positivo argentino: a) Para el nacimiento de la empresa; b) Durante: su vida; c) En su extinción.

Repetimos que nos hallamos ante un vacío legislativo con referencia a la empresa individual, ya que la ley 11867 no cubre el fenómeno "fondo de comercio". Es necesaria la sanción de una norma que establezca un verdadero estatuto del fondo de comercio, donde puedan establecerse las formas de constitución del mismo: extinción, responsabilidad, etc., introduciendo la posibilidad de la hipoteca mobiliaria para dar garantías reales a los interesados a colaborar con su apoyo financiero a esta clase de actividades comerciales. En materia de la empresa en sociedad, la Ley General de Sociedades, promulgada en abril de 1972 y los arts. 1648 a 1788 bis del Código Civil, legislan sobre sociedad. Adelantamos nuestra opinión favorable a la unificación de instituciones civiles y comerciales, y especialmente en lo que a sociedades se refiere; y no nos ocuparemos aquí de establecer las diferencias entre las sociedades civiles y las comerciales, regladas en leyes distintas, dado que no corresponde a este trabajo introductorio. Además de esos dos cuerpos normativos, existen leyes especiales para ciertas sociedades, como las cooperativas, y una abundante reglamentación administrativa proveniente de los organismos de control: Inspección General de Personas Jurídicas en nuestra jurisdicción, además de una importante jurisprudencia que surge del Juzgado de Comercio, cuya misión es la de ejercer el control de legalidad en la constitución y reformas de las sociedades comerciales.

En ambos sistemas: civil y comercial, la partida de nacimiento de la sociedad es el contrato, y allí es donde la función notarial deviene importante, porque es el notario el que debe aconsejar el tipo de sociedad que corresponde a la explotación, además de ser su intervención obligatoria en el caso de las sociedades civiles y en el caso de las sociedades por acciones, dentro de las comerciales.

Los organismos de contralor intervienen además, durante la vida de la sociedad, a los efectos de vigilar que las reformas estatutarias y las variaciones de capital no perjudiquen a terceros o se efectúen violando las disposiciones legales, y existe un régimen de publicidad obligatorio amplio para las sociedades comerciales, consistente en la publicación de sus actos y en la registración en el Juzgado competente.

Se extinguen las sociedades por su disolución, que puede ser natural por el vencimiento del plazo, o forzada por voluntad de sus componentes o imperio de la autoridad correspondiente. También desaparecen por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medio de los institutos de la fusión o de la escisión de sociedades. Destacamos que actualmente nos hallamos en pleno período de experimentación del régimen surgido en 1979 por la ley 19550, y que las dificultades mayores que se presentan provienen de que los organismos de contralor existentes no se hallan capacitados para cubrir las necesidades de las sociedades que se constituyen, y de aquellas que constituidas deben ser verificadas por los mismos. A eso debe agregarse - fruto de ese período de experimentación al cual nos referimos - una contradictoria y superabundante jurisprudencia administrativa, lo que mueve a pensar que es necesario, hasta tanto esos problemas no se solucionen, buscar un régimen legal que ampare a las sociedades en período de formación, porque tras ellas se hallan las empresas que han de convertirse en factores productores dentro de la economía general.

CONCLUSIONES (punto 3 a 6)

1) Las características de la economía contemporánea hacen que las empresas jueguen un rol importante en dicha economía, llegando en el caso de las empresas multinacionales a competir con los Estados, siendo verdaderos Estados ellas mismas.

2) Sin perjuicio de ello, parecería que la doctrina jurídica ha abandonado la idea de formular una teoría jurídica de la empresa, vehículo por el cual se podría llegar a una unificación en materia civil y comercial, del instituto societario.

3) Para saber si la empresa es sujeto u objeto de derecho, es imprescindible analizar la forma como la misma se ha constituido, porque ello posibilitará o no la formación de patrimonios separados para la afectación a una determinada explotación empresarial, posibilitando así una mayor afluencia de riqueza a dicha explotación, con el consiguiente beneficio de la economía general.

4) Si bien la sociedad "unipersonal" no tiene asidero en el terreno jurídico, por ser contraria a la tradicional teoría contractual, eso no significa que la empresa individual (que en definitiva constituye lo mismo) no pueda darse en una comunidad que legisla con el espíritu constructivo. Un estatuto del fondo de comercio, con la necesaria intervención notarial, sería un camino para llegar a la normatividad de la misma.

5) Los abusos cometidos por la agrupación de sociedades han tratado de resolverse con medidas legislativas y jurisprudenciales, inspiradas en la doctrina del "disregard" y los principios del allanamiento de la personalidad jurídica.

6) En materia societaria no existiría inconvenientes para la unificación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las legislaciones civil y comercial atento que la división entre sociedades civiles y comerciales ha perdido su vigencia, según ha sido reconocido por la mayoría de la doctrina nacional y extranjera. En tanto eso no ocurra, y visto los problemas acarreados por los trámites administrativos a que deben ajustarse las sociedades comerciales en nuestro país, sería conveniente que se dictara un régimen legal que ampare a las sociedades en período de formación, habida cuenta que tras ellas se encuentran las empresas que han de convertirse en motores de la economía.

7) El contrato de constitución de las sociedades tanto civiles como comerciales, es la partida de nacimiento de la empresa; allí es necesaria la intervención notarial para fijar el tipo de sociedad y por imperio de la ley en su caso.

BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales (Editorial Aguilar)
"Historia de la empresa", Ralph W. Hidy; "Pequeña empresa", Eugene Staley; "Actividad empresarial", Thomas C. Cochran; "Teoría de la empresa", J. N. Wolfe.

(Utilizados para la primera parte del trabajo)

Carrió, Genaro R., Notas sobre derecho y lenguaje.
Servan Schreiber, Jean - Jacques, El desafío americano.
Alconada Aramburú, Carlos, Código de Comercio argentino anotado.
Le Pera, Sergio, Cuestiones de derecho comercial moderno.
El abuso de la personalidad de las sociedades (Cuadernos "El Derecho").
Halperín, Isaac, Curso de derecho comercial.
Colombres, Gervasio R., Curso de derecho societario.
Friedman, W., El derecho en una sociedad en transformación.

EMPRESA Y DERECHO

CARMEN B. VAIRO

Durante la Edad Media la técnica eficaz y suficiente era la artesanía, hoy ha sido desplazada por la tecnología. El concepto de empresa del inc. 5 del art. 8° no se identifica con el concepto de empresa que hoy domina la economía y el derecho. Todo giraba alrededor de un hombre, de la "persona empresario". Luego de que se revelara el acto objetivo de comercio, considerado aisladamente como ineficaz en el siglo XIX, se abrió paso en el derecho comercial, la tendencia cada vez más sostenida de encontrar en la empresa la materia fundante del derecho comercial,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sin desconocer que también lo es del derecho laboral y del derecho tributario. El comienzo de siglo trae aparejado cuatro hechos para la recepción sistemática de la empresa por el derecho comercial:

- a) agotamiento de la doctrina del acto objetivo de comercio;
- b) el nuevo Código alemán abandona las bases de la codificación Napoleónica, demarcando el ámbito de la empresa al considerar comerciales las operaciones realizadas por un comerciante en el ejercicio de la explotación de su empresa comercial (art. 343 B. G. B.);
- c) surgimiento de una disciplina específica sobre el establecimiento o fondo de comercio como sujeto negocial;
- d) la primacía asumida por los fenómenos de la producción frente a los de circulación.

A partir de estos enunciados la empresa va penetrando la materia mercantil. Hoy es indiscutible que si bien el derecho comercial no ha llegado a convertirse en el derecho de la empresa, ya que ésta es también, como ya dijimos, objeto de otras ramas del derecho, y porque no toda empresa es comercial, está en procura de su asimilación legislativa y doctrinaria. Mosse ha sido el gran partidario de asimilar el derecho mercantil con el derecho de la empresa. Se desarrolla a partir de las nociones de circulación, intermediación y tráfico en masa; es necesario una organización para desplegar estas actividades. Pero aún no se ha fijado un criterio definitivo de empresa que sea jurídicamente válido para todos los autores. Citaremos a cuatro juristas españoles en sus nociones de empresa: a) Rodrigo Uria: es el ejercicio profesional de una actividad económica organizada, con la finalidad de actuar en el mercado de bienes o servicios(1)(538)b) Garrigues: es la organización de la actividad y además un conjunto de elementos de variada naturaleza. La actividad del empresario no puede separarse de la persona del mismo(2)(539), C) Fernández Novoa : cita tres dimensiones: dimensión subjetiva o dinámica (la empresa en la actividad del empresario); dimensión objetiva o estática (la empresa constituye un bien inmaterial resultado de la actividad del empresario); y dimensión interna o personal (la empresa es una comunidad de personas formadas por el empresario y los trabajadores)(3)(540). d) Broseta Pont: comparte la opinión de Despax(4)(541): en el derecho está vigente el mismo concepto jurídico de empresa. En primer lugar el concepto jurídico de empresa debe proceder necesariamente del económico, en segundo lugar debe coincidir con él. Sostiene que la empresa, como fenómeno económico, es un ente de gran complejidad para el derecho, pues en ella convergen distintos intereses (público y privado), distintos sujetos (empresarios, empleados, obreros), distintos elementos de muy variada naturaleza (muebles e inmuebles, cosas y derechos) y sobre su titular inciden

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

deberes y derechos de clase y naturaleza diversas. Por ello la empresa en sentido económico está sometida a varias ramas del derecho (público y privado). Esto no quiere decir que no exista un concepto jurídico unitario de empresa, sino que debe existir y además coincidir con el concepto económico, dado que la economía procura la realidad que el derecho regula totalmente⁽⁵⁾(542). Entre nuestros autores, Halperín⁽⁶⁾(543) juzga aceptable la noción de empresa que se obtiene combinando los arts. 2089 y 2555 del Código Civil italiano de 1942: es la organización de bienes y de servicios para la producción de bienes o de servicios, con un fin económico. Para Zavala Rodríguez⁽⁷⁾(544), la noción jurídica tiene estos presupuestos: a) organización; b) capacitación y c) orientación y función social, con que deben medirse: 1) lucratividad; 2) las relaciones con los empleados; 3) los servicios y relaciones con la clientela; 4) las relaciones con el Estado y la comunidad. Para Echeverry⁽⁸⁾(545), la empresa es una actividad compleja y organizada de los factores de producción, para fabricar o intermediar en productos o servicios, con un fin. Si ese fin es económico o de lucro, estaremos frente a la empresa civil o comercial; porque también pueden existir empresas sin fines especulativos (por ejemplo, asociaciones, fundaciones, etc.). En la realidad la empresa se manifiesta en innumerables casos de diferente entidad jurídica. Podemos mencionar empresas cooperativas, mercantiles, artesanales, agrarias, inmobiliarias, de actividades civiles (por ejemplo: agrupación de profesionales), empresas sin fines de lucro, empresas del Estado. Como dato ilustrativo citaremos la ley de contrato de trabajo, que en su art. 5º dice: "a los fines de esta ley, se entiende como empresa la organización instrumental de medios personales, materiales o inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos.

La posibilidad de desvincular la empresa de la suerte del empresario se contrapone a la perdurabilidad de la primera. Esta constatación es un aporte valioso a la doctrina institucionalista⁽⁹⁾(546). Un sector de la doctrina adoptó la posición subjetiva de la empresa y así se relegó al empresario⁽¹⁰⁾(547) y se asignó a la empresa su propia sede y su patrimonio, afirmándose que la empresa y no el empresario, es el verdadero sujeto del crédito y que tiene hasta su propio interés. A esta doctrina se han opuesto quienes ponen de relieve la imposibilidad de relaciones jurídicas en las cuales el objeto (la empresa como organización) se tenga a sí misma como sujeto. Le Pera sostiene que si persona jurídica es solamente una situación en la cual las normas vinculan personas y cosas, quedan removidos los mayores obstáculos para considerar que un conjunto patrimonial sea simultáneamente sujeto y objeto de derecho. Pero también afirma que la construcción de la hacienda como persona jurídica no parece destinada a prosperar por resultar innecesaria; sus finalidades pueden lograrse a través de técnicas societarias. Tampoco ha podido explicarse satisfactoriamente la concurrencia de dos sujetos: el empresario y la empresa, situados en la misma posición jurídica respecto del mismo objeto. Por ello, Despax, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su obra citada, admite que en el estado actual del derecho no existe la reclamada personalidad de la empresa. Otra vía de la teoría de la subjetividad de la empresa es la teoría del patrimonio de afectación o patrimonio separado. Pero tampoco es una solución, ya que no podemos evitar la objeción de Satanowsky(11)(548)cuando sostenía la imposibilidad de reconocer autonomía a patrimonios en tanto la ley no reconociese un privilegio de preferencia para los acreedores de la empresa y una limitación de responsabilidad para sus titulares.

La concepción objetiva de la empresa presenta distintos aspectos, la mayoría de ellos de difícil esclarecimiento. En primer lugar, citaremos el aspecto referido a las relaciones o diferencias que existen entre la empresa como objeto y el esclarecimiento o hacienda. Hay numerosos criterios de prestigiosos juristas a este respecto. La falta de una construcción dogmática preceptiva está dada, en gran medida, por la terminología imprecisa de los textos legales. Adherimos al concepto de Picard en cuanto a la esterilidad de asignar a la empresa un concepto de organismo u organización para el cual, en principio, resulta insuficiente la tradicional noción de establecimiento o hacienda. Una excepción a este concepto estaría dada, por ejemplo, en los casos en que un empresario realizara su actividad a través de una pluralidad de explotaciones separadas, en cuyo caso el conjunto de las organizaciones en su unidad podría distinguirse como empresa. Una posición semejante adopta R. Uria, en el concepto organicista de la empresa; la distinción entre ésta y el establecimiento es apenas visible, de ahí que "el concepto de establecimiento haya quedado en ellos como absorbido o subsumido en el concepto de empresa organismo". Otro aspecto que plantea dificultades es el de la teoría jurídica de los bienes organizados. Citaremos tres doctrinas:

a) Atomística: el régimen de la circulación de diversos bienes y derechos sigue la ley concerniente a su respectiva naturaleza;

b) De universalidad de hecho: no se logra explicar más que el nexo entre elementos heterogéneos unificados por la sola voluntad privada del empresario.

Jurídicamente estas dos doctrinas no difieren demasiado, en tanto ambas admiten la unidad funcional, cuya relevancia sólo se manifiesta ocasionalmente y, en especial, como dato interpretativo acerca del objeto del negocio, como ocurre, por ejemplo, con la presunción del art. 1º de la ley 11867;

c) Doctrina de la universalidad de derechos: se intentó superar la heterogeneidad jurídica de los elementos mediante la consideración unitaria en bloque de derechos en que se resolvía el ejercicio de la empresa.

Como vemos, la noción subjetiva aparece totalmente alejada de nuestra realidad legal. Satanowsky y Fargosi se pronunciaron en contra en el III Congreso Nacional de Derecho Comercial. Y el criterio objetivo es

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

insuficiente, ya que la empresa sería algo más que un mero objeto o una universalidad. Tampoco es posible admitir la empresa con caracteres ambivalentes de objeto y sujeto de derecho, a la vez que en una unidad dinámica estarían relacionadas jurídicamente. Es contrario a nuestro derecho, donde existe una marcada y definida relación personas - cosas que es imposible olvidar. Por lo expuesto, vemos que no se ha avanzado mucho en este campo, donde todavía las categorías tradicionales son insuficientes para asumir la unidad orgánica de la empresa. En nuestra legislación no existe norma que permita una construcción más allá de constatar que la empresa en cuanto a organización es un objeto compuesto (art. 1º, ley 11867; arts. 206 y 535 C.P.C.C.) . Existe una tendencia generalizada del que desarrolla sus actividades económicas de limitar su responsabilidad, afectando un delimitado aporte de capital. En forma concreta lo vemos en las sociedades de capital. Son las sociedades las titulares del patrimonio social y con él responden, a su vez, a las obligaciones contractuales. Aun en las sociedades de personas sucede lo mismo. Se diferencian únicamente en cuanto a la extensión de la responsabilidad. En la de personas, además del ente social, principal deudor, responden igualmente, aunque en forma subsidiaria, los socios solidarios, mientras en las de capital esa responsabilidad se limita al patrimonio social y no se extiende a los demás bienes de los aportadores de capital. Admitir la sociedad de un solo socio (una forma de empresa unipersonal) no será posible en nuestro derecho, que requiere para la sociedad comercial dos o más personas (Ley de sociedades, arts. 1º y 94), pero consideremos que ese esquema ha sido quebrado por la ley 20'705, aunque por ahora solamente en el ámbito estatal. El empresario individual puede constituir una sociedad de capital, como socio o socios con el más mínimo aporte por parte de estos últimos. Pero no todo empresario individual desea hacer participar a terceros en su actividad económica y en sus resultados, ya que el socio minoritario tiene deberes y derechos. El mayoritario no puede abusar de sus poderes y debe respetar la posición jurídica y económica del minoritario y esto no siempre favorece al empresario individual mayoritario, dueño en el hecho, de la empresa. Se ha intentado legalizar la limitación de la responsabilidad del empresario individual mayoritario. Entre sus propiciadores podemos nombrar a Malagarriga y Arecha.

Por otro lado, observamos el fenómeno de la congregación de capitales que antes se daba en una sociedad y en una empresa y ahora es necesario el concurso de dos o más empresas y de igual número de sociedades. Está caracterizada por una pluralidad de sujetos de derecho y, en algunos casos, también con la participación de personas físicas y, además, se caracteriza por la existencia de una unidad de decisión económica. Básicamente, hay dos métodos de concentración, que describiré en el siguiente cuadro:

Dominio o Control

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Interno: tenencia de participaciones societarias

Externo: contratos de empresa

Colaboración:

"Know - how"

Asistencia técnica

Contratos de agencia

Como modo permanente

"Joint - venture"

Sociedades accidentales

Como modo temporario

La mayoría de las legislaciones no regula la concentración de empresas; entre las excepciones se destacan Alemania y Francia.

Es de destacar que si bien nuestra ley 19550 no abarca todos los aspectos posibles, sí regula muchos ámbitos referidos a la agrupación, poniendo a nuestro país en el camino del progreso jurídico.

Para la concentración hay que tener en cuenta diversos hechos, como por ejemplo las circunstancias del país y de la época, la adopción de formas ágiles de concentración, conciliando los medios, las posibilidades y las finalidades descartar las formas rígidas, estudiar la actividad que cumple y el medio en que actúa, las características de la gestión, entre otros muchos aspectos que sería muy largo enumerar. Los medios de concentración han de ser empleados cuando con ellos pueda lograrse el acrecentamiento en la productividad, que, a su vez, se refleje en la reducción de los costos, manteniendo la agilidad gerencial o permitiendo su acceso a ella y operándose sin detrimento para la economía administrativa.

Como conclusión diremos, siguiendo a Garrigues, que estamos frente a la necesidad de que el derecho dé una respuesta adecuada al reto de la economía, lo cual implica que el jurista debe estar muy atento a los postulados de aquélla para conformar con rapidez los nuevos hechos económicos a los esquemas jurídicos, y si los tradicionales no son idóneos o no son suficientes, no amedrentarse ante la creación de otros también inéditos.

<p style="text-align:center">I. SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO II. SOCIEDADES DE PERSONAS Y CAPITALES EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO</p>

OSVALDO S. SOLARI

I. Sociedades civiles y comerciales en el derecho positivo argentino. Origen, causa, supervivencia y porvenir de esta distinción. Jurisprudencia. Doctrina. Consecuencias económicas de esta distinción. Consecuencias jurídicas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1. Una de las primeras precisiones a intentar es la de tratar de distinguir, adecuadamente, las conceptualizaciones de empresa y de sociedad. Tarea que no es fácil, en especial porque, si bien es sencillo delinear a la sociedad, como instituto del derecho, es decir, concretamente, definirla, no lo es, en cambio, hacer lo propio con la empresa, como valor jurídico. Más aún; como lo señala Solá Cañizares, un sector de la doctrina no advierte una distinción nítida entre empresa y sociedad; en parte por considerar a la sociedad como una empresa colectiva y, en parte, por estimar que se trata de "un solo organismo contemplado desde dos puntos de vista distintos"(1)(549).

2. Pero, a poco que se medite sobre el tema, se observará, rápidamente, que, además de que empresa y sociedad no son conceptos similares ni intercambiables, los separa una profunda diferencia: el valor empresa pertenece al mundo económico, mientras que la sociedad es institución típicamente jurídica. La tendencia que en la doctrina tradicional ha existido para la asimilación de ambos conceptos puede encontrarse en la dificultad para ofrecer una definición feliz de empresa y en la ausencia de normas legales que la regulen, con excepción de algunas de las legislaciones más modernas como el Código Civil italiano donde aparece la empresa como instituto del derecho mercantil y donde se sustituye la expresión comerciante por la de empresario y la de acto de comercio por actividad mercantil. La doctrina va más allá, porque no se conforma en intentar una definición o una conceptualización bien perfilada sobre la empresa, sino que comienzan a difundirse ideas sobre una especie de revolución en el derecho mercantil, al que empieza a verse como el derecho de la empresa. O sea que la empresa ya no sería un capítulo del derecho comercial, sino que todo el derecho comercial sería, nada más y nada menos, que el derecho de la empresa. Oportuno parece señalar como precursores de este avance a Pisko y Endemann pero especialmente a Wieland quien, en opinión de Broseta Pont, tiene el mérito de haber logrado una formulación "armónica y completa" de la teoría que identifica al derecho mercantil con el derecho de la empresa(2)(550). Extraño movimiento pendular de la nada al todo.

3. Pero la tarea a mi cargo está fuera de esa conceptualización de avanzada, lo que no significa rechazarla, sino más bien ir al análisis de la sociedad como elemento de la empresa. Vale decir, tener simplemente en cuenta a la empresa como un conjunto de bienes y de personas, las cuales, o sea las personas, que habitualmente realizan la tarea empresaria que las reúne, constituidas en sociedad. Esto nos lleva de la mano a estudiar dos aspectos fundamentales de la sociedad, que son su división en sociedades civiles (o no comerciales) y comerciales, y en sociedades de personas (aceptemos provisoriamente esta calificación) y de capitales.

4. Sociedades civiles (o no comerciales) y comerciales. Origen de esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distinción. Es lugar común en la doctrina, el de expresar que el hombre desde sus orígenes sintió la necesidad de cooperación para salvar obstáculos y vencer dificultades. Por mi parte yo diría que se trata, simplemente, de la aplicación del viejo adagio que la unión hace la fuerza. Sin embargo, parecería que las primeras formas societarias no nacieron por la unión de hombres y capitales, en la forma moderna, sino que el embrión estaría más bien conectado en el derecho romano a la indivisión hereditaria y al deseo de los herederos de explotar en común el fundo heredado del "pater familiae". Lo que, y me apresuro a puntualizarlo, indica que serían de tipo civil las primeras sociedades reguladas en lineamientos parecidos a los actuales. Lo que no quita por cierto la existencia de formas societarias en épocas muy anteriores, aun cuando, y esto ratificaría lo de la unión, la fuerza, la necesidad de los hombres de asociarse entre sí, en su exteriorización primitiva, que no ha podido ser recogida por las fuentes históricas porque éstas son posteriores a la noción de sociedad⁽³⁾(551). Con todo, la idea de que la sociedad civil precedió a la comercial, no es pacífica, pues algunos afirman que las primeras sociedades fueron agrupaciones contractuales formadas para finalidades de intercambio y comercio "de suerte que es probable que la sociedad surge en la vida comercial y es originariamente una sociedad comercial, apareciendo más tarde con otros fines asociativos"⁽⁴⁾(552). Este mismo autor - Solá Cañizares lo consignó brevemente - hace a continuación referencia a informaciones sobre la sociedad en Babilonia (2.000 años a. de J.C.) y a menciones en el Código de Hammurabi y a las leyes griegas donde no había distinciones terminológicas ni jurídicas entre las sociedades civiles y comerciales.

5. Es en Roma - cuando no - y en sus Instituciones de Justiniano, donde encontramos debidamente perfilado el contrato de sociedad. Así interpretamos el primer párrafo del art. 19, del Título XXV relativo a "De la sociedad": se forma ordinariamente una sociedad, ya de todos los bienes llamada especialmente por los griegos (...) ya para una negociación determinada, como, por ejemplo, para comprar y vender esclavos, aceite, vino o trigo. Y siguen ocho artículos en los que minuciosamente se establecen la forma de distribuir ganancias y pérdidas, la posibilidad de unir industria personal y capital; la duración de la sociedad; sus causas de disolución y la responsabilidad de los socios⁽⁵⁾(553).

Ya tenemos así históricamente perfilado el contrato de sociedad como consensual, con la finalidad de obtener un fin lícito y de utilidad común y con el ingrediente del "affectio societatis" o "animus coeundae societatis", que, dicho sea de paso, nunca he podido entender qué significa, aparte de ser el consentimiento como elemento común para la formación de cualquier contrato. Pero esta es harina de otro costal. Vuelvo al tema para seguir a Bonfante, quien con su conocido poder de síntesis, nos informa que la sociedad justiniana es el resultado de la fusión de varias instituciones: la "societas omnium conorum" (unión de los hijos al morir el "pater familiae"), la "politio", contrato para el cultivo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un fundo y la "societas quaestariae" o mercantil, con objeto de lucro. También nos informa Bonfante de la existencia de varias especies de sociedades: 1º Según los medios conferidos: "societas rerum", "operarum", "mixtae"; 2º Según los fines sociales: "societates quaestuariae" (con fines de lucro) y "non quaestuariae" (sin fines de lucro); y 3º Según la extensión de los aportes: sociedades universales, sociedades de ganancias y sociedades particulares(6)(554).

En esta referencia a las distintas sociedades en el derecho romano queda por consignar las "societates vectigalium", que eran las constituidas por los publicanos para intermediar entre el Estado y los contribuyentes en la percepción de los tributos. Y desde otro ángulo, dejar en relieve que en Roma las sociedades carecían de personalidad con excepción de las "vectigalium" que la tenían seguramente por su conexión directa con los intereses del Estado. En general, pues, las sociedades romanas no tenían personalidad distinta de la de sus miembros(7)(555). Pero lo que aquí nos preocupa subrayar, es que existía en las leyes justinianas una sola legislación para la sociedad; no había distinciones normativas para sociedades con fines de lucro o sin él.

6. Como este trabajo no debe ser extenso por su propia finalidad, luego de los apuntes que preceden, respecto al instituto societario y la no diferenciación normativa para las que hoy denominamos sociedades civiles y sociedades comerciales, haré una muy escueta referencia a lo que sucede en este tema en el derecho comparado. Como lo señalan diversos autores, la cuestión de la comercialidad de las sociedades se plantea exclusivamente en los países que tienen una legislación comercial distinta o separada de la civil. Como consecuencia, no se da en el derecho inglés donde no existe un Código de Comercio. Siguiendo las enseñanzas de Solá Cañizares diré que tampoco se advierte esa distinción en aquellos otros países, que como Suiza, Holanda e Italia han unificado las obligaciones civiles y comerciales, aun cuando es dable observar algunas diferenciaciones o particularismos. En el derecho suizo, por ejemplo, las sociedades colectivas y comanditarias son implícitamente comerciales por cuanto deben tener como objeto ejercer el comercio, explotar una fábrica o cualquier otra industria en forma comercial, pero la misma ley admite que esas sociedades no actúen en forma comercial, en cuyo caso no existen como tales sociedades en nombre colectivo o comanditario hasta que se produzca su inscripción en el Registro Público de Comercio(8)(556).

Un párrafo especial merece la legislación italiana. En su Código Civil y Comercial de 1942, el título V, dedicado a las sociedades, la norma del art. 2249 se dedica a los tipos de sociedad señalando que las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad comercial deben constituirse según uno de los tipos regulados en los capítulos III y siguientes de dicho título V, o sea las sociedades en nombre colectivo, la comandita simple, la sociedad por acciones; la sociedad en comandita

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por acciones; la de responsabilidad limitada y la cooperativa. Pero, en su segundo párrafo, dicho art. 2249 expresa: "Las sociedades que tienen por objeto el ejercicio de una actividad diversa, se regulan por las disposiciones sobre la sociedad simple...", cuya definición, o mejor dicho, caracterización consigna así el art. 2251: "En la sociedad simple el contrato no está sujeto a formas especiales, salvo las exigidas por la naturaleza de los bienes aportados". Es Messineo quien, luego de manifestar que la sociedad no siempre es empresario (para lo cual es requisito el ejercicio profesional de actividad económica, organizada con la finalidad de producción o de cambio), puntualiza que, aun entre las sociedades - empresarios, cabe distinguir entre las que desarrollan actividad comercial y no comercial o civil. En concreto, que cualquier sociedad será de tipo civil en tanto no ejercite una actividad comercial o transformadora(9)(557).

7. Ha llegado el momento de volver la mirada a lo que ocurre en Argentina en esta materia para decir simplemente que existen dos legislaciones societarias: la comercial, regulada por la ley 19550 y la civil de los artículos 1648 a 1788 bis del Código Civil. Pero lo más destacable tal vez sea las distintas conceptualizaciones que dichas legislaciones contienen respecto al negocio jurídico de la sociedad. Así en orden cronológico, como corresponde a la evolución producida en la materia, el art. 1648 del Código Civil nos informa que "habrá sociedad cuando dos o más personas se hubiesen mutuamente obligado, cada una con una prestación, con el fin de obtener alguna utilidad apreciable en dinero que dividirán entre sí, del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado". Se trata de una caracterización definitivamente contractual, producto natural, por otra parte, de las concepciones jurídicas de la época en que Vélez Sársfield redactó el Código. La evolución doctrinaria, nacional y extranjera, que por conocida y por necesidad de síntesis, omitió desarrollar, justifica la definición societaria del art. 1° de la ley 19550: "Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas, en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas".

Con esta caracterización de la sociedad, no sólo se recoge la conceptualización del instituto como contrato plurilateral o de organización, sino que, y esto interesa aquí, la definición del art. 1° de la ley 19550 "pone deliberadamente la noción de empresa como eje de la actividad societaria... lo que..." es un paso avanzado en la transformación del derecho mercantil(10)(558).

Pero volviendo al tema, lo que queda en relieve es lo por todos conocido, que en Argentina existen, separadamente, la sociedad civil y la sociedad comercial, cada una con su propia regulación.

8. ¿Qué diferencias fundamentales existen entre dichas regulaciones?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En primer término y sobresaliendo, la apuntada caracterización conceptual que como lo señalan los redactores en la exposición de motivos de la ley "importa no tanto una posición doctrinaria como la aplicación de una serie de consecuencias vinculadas al esquema normativo que se sintetiza en el concepto de sociedad comercial". De esta diferente caracterización podemos, en grande trazos, extraer algunas conclusiones: a) la definición del Cód. Civil es de tipo romanista y está ya en el Cód. Civil francés de 1807; b) dentro de la idea de lo contractual, no tiene cabida la posibilidad de modificar un estatuto por una determinada mayoría; en otras palabras, parece antijurídico que un contrato puede ser modificado sin que estén conformes todas las partes; c) en la concepción de la ley 19550, como secuencia natural de su idea de plurilateralidad organizativa - y en el decir de Ascarelli - las partes se encuentran dentro de un círculo y no en los extremos de una recta.

9. Entre las diferencias específicas puedo señalar las siguientes: a) en cuanto a la forma, las civiles necesitan la escritura pública; las comerciales, sólo en las sociedades por acciones; b) en materia de publicidad, la sociedad civil no debe cumplir ningún requisito ni inscribir el contrato; c) la contabilidad no está impuesta en la ley civil; d) respecto a responsabilidad solidaria, que es normal en la legislación comercial, no existe como tal en la civil, salvo pacto expreso que la imponga; e) el plazo, que debe ser determinado en la sociedad comercial, puede ser indeterminado en la civil.

Pero, acaso, las connotaciones más trascendentes se hallen en la incorporación en la ley comercial de un régimen especial para las sociedades irregulares o de hecho y en las normas sobre nulidades, terreno en el cual quedan terminantemente desechadas las severas disposiciones generales del Código Civil, para dar cabida a un sistema flexible y que, sobre todo, tiene en cuenta la irreversibilidad de las operaciones ya realizadas por el ente societario antes del momento de la anulación de su contrato o estatuto(11)(559)

En definitiva estamos, pues, con dos legislaciones societarias diferentes, y corresponderá al intérprete o asesor, aconsejar en cada caso cuál es la conveniente, dados los particularismos con que se cuentan en el caso concreto.

10. Tal vez convenga resaltar que en el derogado régimen del Código de Comercio las sociedades eran comerciales en tanto realizaban actos de comercio y las anónimas aun cuando no tuviesen ese objeto (art. 282 Cód. de Com.), a lo cual luego se agregó como comerciales a las de responsabilidad limitada y a las sociedades de seguros aun cuando tengan el ropaje de mutuales.

Pero como quiera que sea, el problema estaba y puede aún ahora subsistir únicamente en cuanto a las colectivas comerciales y a las civiles, que pese a que carecen de esa denominación, lo son en su esencia. Y allí fue donde la doctrina y la jurisprudencia tuvo abundante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trabajo. Por razones de brevedad sólo citaré como ilustrativo antecedente, el poco meneado art. 1208 del anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1926, que expresa: "Serán sociedades civiles las que tuvieran por objeto: 1º) Constituir derechos reales sobre inmuebles y darlos o tomarlos en locación. 2º) La explotación agrícola, ganadera o forestal, ya en fundos propios o arrendados a ese efecto, aunque los animales hubieren sido adquiridos con ese fin. 3º) El ejercicio de profesiones liberales o el trabajo de artesanos. 4º) Los institutos educativos. 5º) La explotación minera o de aguas comunes, minerales o termales. 6º) Todo ramo no incluido entre los actos de comercio. La transformación de los productos de una sociedad civil no desnaturaliza su carácter, aun cuando para ello utilice o adquiera elementos que obtenga directamente".

Este antecedente y la orientación doctrinaria y jurisprudencial, aparte de la ausencia de normas legales precisas, me llevan a concordar con quienes estiman que para la correcta caracterización de una sociedad colectiva, como civil o comercial, será menester centrar la atención en la actividad que la sociedad cumple y de allí en más, con la mirada puesta en el art. 8 Cód. de Com. y su abundante interpretación, decidir en qué legislación debe encajar la sociedad cuestionada.

11. Paso ahora a examinar si la coexistencia de las sociedades entre civiles y comerciales es pacífica y si se justifica o no. Pero, antes que nada, quiero expresar que el análisis será intentado desde el exclusivo campo societario. Porque la polémica existe aún en mayor escala; quiero decir que más allá de si debe haber un solo derecho societario, está la conocida discusión de si deben unificarse las dos grandes ramas del derecho - civil y comercial - como lo hizo Italia en 1942, con cuyo enfoque carece de sentido preocuparse de las sociedades en particular. Dejo a esto de lado y sólo me ocuparé sintéticamente de la unificación de las sociedades civiles y comerciales. Adelanto mi opinión favorable a la misma y como síntesis de mi pensamiento diré que considero que si en estos momentos se reformara nuestro Cód. Civil para su completa actualización, tengo la certeza que en el título de las sociedades, su parte general no podría diferenciarse en detalles fundamentales de la similar parte de la ley 19550. Y no descubro la pólvora, porque es sencillamente lo ocurrido en la mencionada ley italiana, donde luego de una parte general para todas las sociedades está incluido un capítulo para la sociedad simple, que es, ni más ni menos, nuestra sociedad civil o en términos más itálicos la sociedad no comercial.

12. Curiosamente la bibliografía específica sobre esta cuestión es escasa. Tanto, que acaso lo único sistemático y exteriormente desarrollado sea una excelente monografía del Dr. Federico Videla Escalada(12)(560), de la que extraigo las ideas centrales siguientes: las bases que sustentan la unificación son: a) identidad en el propósito de lucro; b) trascendencia en la economía del país de las actividades de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

determinadas sociedades civiles; y e) el sentido de unificación conceptual y territorial en que debe manifestarse la misma. Y en la línea argumental estos puntos de vista, sobre los que he anticipado mi opinión coincidente: "la sociedad es una sola figura genérica con diversas especies, una de las cuales es la sociedad civil. Las notas comunes a todos los tipos se encuentran en el contrato, la institución organizada, que reviste personalidad, y el propósito de lucro que aparecen en todos ellos". Réstame consignar en esta apretada reseña, que el autor menciona entre los antecedentes que afirman la conveniencia de la unificación, las expresiones de los Congresos de Derecho Comercial de 1940, de las Jornadas Rioplatenses de 1956 y del Congreso de Derecho Civil de Córdoba de 1941.

Estas reuniones jurídicas, con su apoyo a la unificación, parecen bastante respaldo - en cuanto a opinión general - para sumarse a sus sostenedores. Y si alguna duda todavía quedara, podría eliminársela llamando la atención sobre el hecho de que frente a las conocidas ventajas de la unificación, no se advierten inconvenientes en su contra.

II. Sociedades de personas y capitales en el derecho positivo argentino. Origen, causa, supervivencia, porvenir de esta distinción. Jurisprudencia. Doctrina de los autores. Consecuencias económicas y jurídicas de esta distinción.

13. Al referirnos al derecho positivo argentino, es menester distinguir entre el actual - ley 19550 - y el régimen del Código de Comercio. Pero también es urgente aclarar que ni antes, ni menos ahora, la clasificación de las sociedades en de personas o de capitales, conlleva consecuencias jurídicas ni económicas de ninguna naturaleza. Es un discurrimiento doctrinario sin más utilidad que la de acentuar que en unas sociedades las características personales de los socios tienen importancia mayor o menor, y en otras no tienen ninguna trascendencia, porque se trata de asociar capitales más que seres humanos. Aunque también corresponde señalar, que debe distinguirse el aspecto estrictamente legal del económico o, tal vez aquí mejor llamado, del funcional de la sociedad.

Repito, entonces, que en doctrina es lugar común diferenciar a las sociedades de personas y de capital; pero también lo es que se afirme que apenas se trata de mostrar que en unas predomina la consideración de la persona física del socio o socios ("intuitu personae"), y en otras este elemento personal pasa a segundo plano o carece totalmente de significación y lo que interesan o preocupan son, exclusivamente, los capitales con los que se forma la sociedad. También es repetida la afirmación de que las S. R. L. constituyen una categoría intermedia entre los sociedades de personas y la de capitales.

14. En el régimen derogado algún basamento tenía esta clasificación doctrinaria, ya que mientras en el art. 301 - de las colectivas - las definía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

expresando que son las que forman dos o más personas, en el 313 - de las anónimas - las conceptuaba diciendo que son la simple asociación de capitales para una empresa. Hasta aquí todo sencillo; pero la cosa se complicaba en las de responsabilidad limitada, donde si bien algunos autores las ubicaban como sociedades de personas(13)(561) otros tenían sus inquietudes ubicándose en una zona intermedia(14)(562) Por mi parte creo que la ubicación correcta es la que da Halperín, para quien los caracteres de las S.R.L. las acercan y distinguen, a la vez, de las dos clases de sociedades, de personas v de capitales(15)(563).

15. En la ley 19550 creo que la clasificación no se proyecta sobre las normas de las distintas sociedades. Aunque cabe advertir que en la exposición de motivos - Capítulo II, Sección I - se hace referencia a tres categorías de sociedades: a) de interés; b) por cuotas; y c) por acciones. Pero volviendo a lo anterior reitero que se trata de una referencia a una categorización doctrinaria que no altera, en favor ni en contra, la normatividad de cada tipo societario. No piensa en igual forma Halperín, quien nos dice que la determinación de la naturaleza de la sociedad (se refiere a la S.R.L.) "es de trascendental importancia para la aplicación de las normas supletorias y para determinar las reglas imperativas, que no pueden dejarse de lado por el contrato". Respetuosamente destaco mi discrepancia con esta argumentación porque en la ley 19550 no hay normas para su aplicación por analogía, sino remisiones directas que no dejan margen para decidir entre las de un tipo societario y otro(16)(564).

16. Para terminar, quiero agregar en esta cuestión: a) la opinión de Garrigues, quien luego de mencionar la postura de Vivante (que se manifiesta contrario a la distinción entre sociedades de personas y de capitales) expresa que esa crítica tiene que parecer excesiva si se piensa que la clasificación "entre sociedades de personas" y de capitales no pretende desconocer el hecho de que toda sociedad es, al mismo tiempo, lo uno y lo otro, ya que no se concibe una sociedad en la que falten los socios o las aportaciones; lo único que pretende es destacar en cada caso el elemento preponderante, que es la persona en las primeras y el capital en las segundas"(17)(565); y b) mi reflexión en el sentido de que la clasificación entre sociedades de personas y de capitales puede tener su apoyo en aquellas legislaciones en las cuales ciertas sociedades (derecho germánico y angloamericano) no gozan de personería jurídica(18)(566), por lo que en las mismas la personalidad de los socios adquiere un relieve especial y explica que se las encasille como sociedades de personas.

CONCLUSIONES:

I. Empresa y sociedad no son conceptos similares. La empresa pertenece al mundo económico; la sociedad es institución típica jurídica. En las legislaciones modernas comienzan a difundirse ideas de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

avanzada que sustituyen el derecho mercantil por el derecho de la empresa. El derecho comercial sería, así, el derecho de la empresa (Nros. 1 y 2).

II. La idea de que la sociedad civil precedió a la comercial, no es pacífica. El embrión de las actuales sociedades civiles estaría en el derecho romano en la agrupación de los herederos del "pater familiae" para continuar la explotación del fundo heredado. Pero también se afirma la existencia de formas societarias en épocas muy anteriores que serían de tinte comercial, así por ejemplo en Babilonia y Código de Hammurabi, sin distinciones entre civiles y comerciales, como en algunas leyes griegas (Nros. 3 y 4).

III. En las Instituciones de Justiniano el contrato de sociedad tiene una regulación normativa bien precisa. La sociedad justiniana es el resultado de la fusión de la "societas omnium conorum", la "politio" y la "societas quaestuarie" e mercantil. Allí existieron varias especies de sociedades: a) "rerum", "operarum" y "mixtae"; b) "Quaestuarie" (de lucro) y "non quaestuarie" (sin lucro); c) universales, de ganancias y particulares; y d) "vectigalium". Pero en general, la sociedad romana carecía de personalidad jurídica (Nº 5).

IV. La cuestión de la comercialidad de la sociedad no existe, por cierto, en los países de legislación unificada, ni en el derecho inglés donde no hay un Código de Comercio. Cabe puntualizar que en Italia, la sociedad simple no siempre es empresaria y además cualquier sociedad será de tipo civil si no cumple una actividad comercial (Nº 6).

V. En la Argentina existen separadamente la sociedad civil y la comercial cuyas normas señalan en primer término una gran diferenciación en sus concepciones jurídicas con todas sus implicancias. En particular se distinguen por: a) la forma; b) la publicidad; c) la contabilidad; la responsabilidad de los socios, y d) el plazo determinado o no. Pero lo fundamental se halla en el régimen de las sociedades irregulares o de hecho, que existen en ámbito comercial y el régimen de nulidad tan distinto en lo comercial de lo civil (Nros. 8 y 9).

VI. En el derogado régimen del Cód. de Com las sociedades eran comerciales en tanto realizaran actos de comercio, y las anónimas y las de responsabilidad limitada en todos los casos. Las dificultades interpretativas se presentaban en torno a las colectivas y las civiles que también lo son. Para la correcta caracterización es menester indagar la actividad que la sociedad cumple y tener en cuenta lo dispuesto por el art. 8 del Cód. de Com. (Nº 10).

VII. No es pacífica la necesidad de que legislativamente coexistan sociedades civiles y sociedades comerciales, como que la discusión

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

llega a si deben o no unificarse las ramas civil y comercial como ya ha sucedido en otros países, lo que parecería que ofrece ventajas sin presentar inconvenientes (Nº 10).

VIII. La clasificación de las sociedades en de personas o de capitales no trae consecuencias jurídicas ni económicas de ninguna naturaleza. En todo caso se trata de mostrar que en unas predomina la consideración de la persona física del socio y en otras este elemento tiene poco o ninguna trascendencia (Nº 13).

IX. Aun cuando en la exposición de motivos de la ley 19550 se hace referencia a tres categorías de sociedades: a) de interés; b) por cuotas, y e) por acciones, esta clasificación no se aplica en la normativa de la misma (Nº 15).

X. Se trata de una clasificación que puede tener apoyo en aquellas legislaciones en las cuales ciertas sociedades no gozan de personería jurídica, por lo que la personalidad de los socios - titulares de los bienes sociales - adquiere un relieve especial y explica que se las encasille como sociedades de personas.

SOCIEDADES DE PERSONAS Y DE CAPITALES
--

NOEMÍ REPETTI Y JORGE A. DÍAZ RAMOS

SUMARIO

I. Introducción. - II. Antecedentes. - III. Análisis de la clasificación. - IV. Aplicación en el derecho positivo argentino. - V. Breves reflexiones acerca de la distinción entre sociedades de personas y sociedades de capitales. - VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El criterio de distinción entre sociedades de personas y sociedades de capitales ha sido contemplado por la generalidad de los autores, tanto nacionales como extranjeros.

Asimismo la legislación de algunos países han adoptado dicho criterio. En mayor o menor medida, el factor personal de los socios ha sido el elemento distintivo para caracterizar los distintos tipos societarios, en cuanto a su calidad o actividad personal, responsabilidad frente a los demás socios y a los terceros en cuanto a la transmisibilidad de sus derechos y obligaciones.

Analizaremos en el presente trabajo los conceptos vertidos anteriormente, emitiendo finalmente nuestras propias conclusiones al respecto.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

II. ANTECEDENTES

El origen de las sociedades de personas está dado por la aparición en la Edad Media de las sociedades entre hermanos, como consecuencia de la falta de espacio y de capitales y la dificultad de dividir el patrimonio hereditario entre los mismos. Posteriormente, al extenderse esta industria doméstica a talleres y oficinas, fue necesario fundamentar esta empresa bajo la forma de un contrato social al requerirse para los negocios bancarios y las empresas industriales orientadas hacia el mercado exterior, un instrumento que conjugara la fuerza económica de varias familias(1)(567).

Nace así la sociedad colectiva cuyo carácter esencial es la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos sus socios, vinculados entre sí por la personalidad de sus integrantes más que por el aporte patrimonial de los mismos.

El Código de Comercio francés definió a la sociedad en nombre colectivo como la que contraen dos o más personas con el objeto de ejercer el comercio bajo una razón social. Esta definición fue adoptada por el Código de Comercio argentino en su artículo 301, que definía a la sociedad colectiva diciendo que es "la que forman dos o más personas", mientras que en su artículo 313 definía a la sociedad anónima como una "simple asociación de capitales".

Surge, pues, la clara distinción entre la sociedad de personas, cuyo típico exponente es la sociedad en nombre colectivo o simplemente colectiva y la sociedad de capitales, siendo su mayor figura la sociedad anónima.

III. ANÁLISIS DE LA CLASIFICACIÓN

Entre las principales características de distinción que la doctrina ha esbozado entre sociedades de personas y sociedades de capitales pueden destacarse las siguientes: a) por su carácter "intuitu personae"; b) por la responsabilidad de sus socios, y c) por la transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los asociados.

a) En cuanto a la primera, es en la sociedad de personas donde interesa la capacidad comercial y la solvencia moral y material de los socios; predomina el vínculo "intuitu personae"; en cambio en las sociedades de capital el factor personal del asociado no cuenta mayormente lo que interesa es el aporte, y la vinculación en este caso es "intuitu rei"(2)(568). En la sociedad de personas es elemento imprescindible la actividad personal de los socios y la llamada "intuitu personae" (peculiar capacidad técnica, probidad, abundancia de medios pecuniarios, etc.), dado que los efectos de la actividad de un socio pueden repercutir también sobre el patrimonio personal de los otros, a diferencia de la sociedad de capitales en que el aporte del socio consiste solamente en dinero, bienes o créditos con exclusión de los servicios; en cuanto al elemento personal pierde relevancia en el conjunto de los componentes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la sociedad, al mismo tiempo que tiene relieve preeminente la afluencia de bienes (en sentido amplio) dirigida a constituir el "capital", que es aquel con el cual la sociedad desarrolla o comienza a desarrollar su propia actividad(3)(569).

b) Con respecto a la segunda distinción en base a la responsabilidad de los socios, se manifiesta en virtud de que en las sociedades de personas la responsabilidad de los socios es siempre ilimitada y solidaria. La confianza, base de estas sociedades, supone el riesgo de responder, en forma subsidiaria, con todos los bienes que los socios poseen(4)(570), mientras que en las sociedades de capitales esa responsabilidad está limitada al aporte que cada uno de ellos hace a la sociedad. No existe responsabilidad "ultra vires", en el sentido de que los acreedores sociales no pueden contar con la responsabilidad subsidiaria del socio.

c) Acerca de la tercera diferencia referente a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los socios, en las sociedades de personas el derecho del asociado no es cesible, ni transferible, ni transmisible, sin el acuerdo de todos(5)(571), es decir que en este tipo de sociedades ninguno de los socios puede transmitir su calidad y sus derechos de asociado sin el consentimiento de los otros socios; en las sociedades de capitales, en cambio, cualquiera de los socios transmite a quien quiera su calidad y derechos sin necesidad del consentimiento ni de la sociedad ni de los otros socios; así por ejemplo, en las sociedades anónimas los derechos y obligaciones del socio pasan y circulan por la transferencia de las acciones, realizadas con la sola voluntad de su tenedor(6)(572).

Este criterio distintivo también es sustentado por Beslay y Lauras, citado por Siburú. Este último señala que la denominación que se hace de las sociedades de personas y de capitales es "una locución metafórica, que como toda metáfora refleja una faz verdadera de las cosas dando a las palabras sentido figurado"(7)(573). Esa distinción tiene un criterio que la fundamenta pero no resulta inmediatamente de las palabras con que se la expresa. Ella se funda en la influencia que las personas o las cosas hayan tenido para determinar la formación de la sociedad. Dice Siburú: "¿Cómo concebir jurídicamente una asociación de capitales? Estos, no son sujetos sino objetos de derecho y obligaciones, de modo que pretender que se asocien entre sí es invertir el orden natural y necesario de las cosas; los que se asocian son los capitalistas, no los capitales. ¿Por qué habríamos de decir que en las sociedades anónimas se asocian los capitales y no los accionistas, y en contraposición, que en la sociedad colectiva se asocian las personas y no los capitales? El socio y el aporte son elementos inseparables en el contrato de sociedad"(8)(574).

Garo, citado por Halperín en su obra(9)(575), clasifica a las sociedades comerciales en sociedades de personas, sociedades de capitales y sociedades mixtas. Pertenecen a la primera categoría las sociedades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

colectivas, las de capital e industria, en comandita simple y las en comandita por acciones respecto de los socios colectivos. Pertenecen a la segunda categoría las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones en cuanto a los socios comanditarios. Pertenecen a la tercera categoría las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades cooperativas y las sociedades en comandita consideradas en sus dos aspectos.

Otra de las clasificaciones es la que distingue a las sociedades de personas y las sociedades de capital; las sociedades de capital fijo y las sociedades de capital variable y por último las sociedades regulares y las sociedades irregulares(10)(576).

Estos autores distinguen las sociedades anónimas (sociedades de capital) de las otras, y para ponerlo en claro lo diremos con una fórmula comprensiva: 1º) Que en aquéllas la posición del socio singular está más sujeta a la voluntad de aquel o aquellos que poseen el mayor número de acciones. 2º) Que las relaciones entre socios y sociedad, entre socios entre sí, entre terceros y sociedad, no tienen en general en cuenta las cualidades personales de los socios sino la fuerza del patrimonio social.

Con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, es de considerar que en el derecho francés, después de una ley del año 1825, aparece este tipo de sociedad instituido en Francia a imitación del derecho alemán, que la creó en 1824 para permitirle a los comerciantes dueños de pequeñas empresas constituir una sociedad en la cual su responsabilidad está limitada a sus aportes sin que fuera necesario para ello el dotarlas del pesado mecanismo de las sociedades de capital.

Este tipo de sociedades merece estar entre las de capital por su finalidad que es la limitación de la responsabilidad de los asociados, pero conserva ciertos rasgos de las sociedades de personas, ya que la "intuitu personae" tiene bastante influencia. La nueva legislación francesa trató de poner en práctica un sistema que permita evitar la desaparición de la sociedad a la muerte de un socio y dar justa indemnización a los herederos del socio premuerto que no tomarían el lugar del causante en la sociedad. El legislador considera que la sociedad debería proseguir su actividad independientemente de los hechos concernientes a ciertos socios en la medida en que la voluntad de los otros socios se pronuncie por la continuación de la explotación comercial e industrial de la sociedad.

Esto fue recogido también por la legislación inglesa en su Private Company Act.

¿Deberían ser clasificadas las sociedades de responsabilidad limitada entre las sociedades de capital? El legislador ha estimado que esta forma de sociedad convenía a las empresas de mediana importancia que no son del todo sociedades de personas pese a los vínculos existentes entre los socios, ni sociedades de capital, para lo cual les faltaría alcanzar la dimensión necesaria que les permitiera recurrir al ahorro de otras personas distintas de los socios.

Las empresas que tienen esta forma societaria han sido consideradas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como teniendo vocación expansiva. El legislador pone sus esperanzas en esta virtud expansionista de la empresa y favorece al máximo su transformación de sociedades de personas a sociedades de capital cuando la empresa haya alcanzado una tasa de crecimiento que le permita revestirse de otra apariencia: la de la sociedad por acciones(11)(577).

IV. APLICACIÓN EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

Nuestra ley 19550 no las clasifica ni las denomina sociedades de personas y de capitales. Solamente en la exposición de motivos al comenzar a considerar el capítulo segundo - De las sociedades en particular - menciona que: "Se considera en este capítulo a las sociedades en particular, habiéndose seguido a tal efecto un ordenamiento lógico que lleva a regular en primer término a las sociedades de interés, luego a las sociedades por cuotas y finalmente a los distintos tipos de sociedades por acciones".

En consecuencia, las sociedades que el legislador menciona como sociedades de interés son: la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple y la sociedad de capital e industria.

La ley 20628 de impuesto a las ganancias, en su art. 63 menciona expresamente como sujetos imposables a las sociedades de capital, nombrando entre ellas a las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las asociaciones civiles y fundaciones y las sociedades de economía mixta.

Por su parte, el decreto reglamentario del impuesto a las ganancias eventuales, t. o. 1973, mencionaba que: "Los beneficios obtenidos por sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada o de cualquier otro carácter que constituyan verdaderas sociedades de personas...", y en su art. 18 lo siguiente: "Sin embargo, tratándose de sociedades de personas (incluso las sociedades de responsabilidad limitada) o de capital cuando sus acciones fuesen nominativas..." y en su art. 19: "En los casos de disolución de sociedades de personas (incluso las sociedades de responsabilidad limitada...)".

Otra disposición que en su art. 2° inc. a) denomina a las sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedades de economía mixta, etc. como entidades de capitales es la ley 20629 del impuesto sobre capitales y patrimonios.

Y finalmente la Dirección General Impositiva en su Resolución General N° 1730 del 7 de octubre de 1975 referente al pago del impuesto de sellos por los aumentos de capital, menciona genéricamente a las "sociedades de capital que aumenten su capital accionario".

V. BREVES REFLEXIONES ACERCA DE LA DISTINCIÓN ENTRE SOCIEDADES DE PERSONAS Y DE CAPITALES

Las principales diferencias que se destacan entre las sociedades de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

personas y las sociedades de capitales son las siguientes:

1) En las sociedades de capitales los socios son transeúntes en el sentido de que éstos pueden retirarse de la sociedad sin que ello perjudique el funcionamiento normal de la misma; en cambio esto no sucede en las sociedades de personas en que la muerte, renuncia e incapacidad de alguno de los socios produce la disolución de la sociedad.

2) No se establecen relaciones entre los socios en las sociedades de capital en forma necesaria, ya que en dichos tipos societarios no interesan sus cualidades personales, como ocurre en las sociedades de personas en que el factor personal es imprescindible para el origen y desenvolvimiento de la sociedad.

3) En las sociedades de capitales el carácter impersonal de los socios contrasta acentuadamente con el carácter "intuitu personae" de las sociedades de personas.

4) En cuanto a la responsabilidad de los socios, en las sociedades de capitales, está limitada al aporte efectuado por ellos, excepto el socio comanditado en las sociedades en comandita por acciones en que su responsabilidad, al igual que en las sociedades de personas es subsidiaria, ilimitada y solidaria, por las obligaciones sociales.

5) La quiebra de la sociedad repercute en forma distinta según se trate de sociedades de capitales o de personas: en las primeras no produce ningún efecto en cuanto a sus socios; en cambio en las segundas produce su propia quiebra.

6) El socio de una sociedad de capital puede con relativa facilidad desinteresarse de la empresa, por ejemplo vendiendo sus acciones en el caso de sociedades anónimas; en las sociedades de personas la transmisibilidad del carácter de asociado está limitado al consentimiento de los otros socios.

7) Nada obsta a que un socio de una sociedad de capital pueda formar parte de varias sociedades de capital que se dediquen al mismo ramo; pero un socio de una sociedad de personas no podrá realizar por cuenta propia o ajena actos que importen competir con la sociedad.

La enunciación precedente es meramente ejemplificativa de las diferencias que pueden surgir entre ambos tipos de sociedades, pero convendría analizar en este punto sobre su importancia actual. Según nuestra opinión, en la actualidad la distinción entre sociedades de personas y de capitales no tiene relevancia ni en su faz jurídica ni en su faz práctica .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El factor distintivo que caracterizaba esa clasificación, con el tráfico comercial en que se desenvuelven las sociedades hoy en día ha dejado de tener aplicación. Esto se debe a que la conjunción entre el factor personal y el factor capital ha llegado a ser casi inseparable.

¿Qué sociedad puede actualmente prescindir de un patrimonio social que la respalde o del elemento humano capacitado para administrarla? Tal vez la mejor demostración de la ineficacia de dicha clasificación se produce con la aparición en la legislación universal de las llamadas sociedades de responsabilidad limitada.

Esto fue consecuencia de la necesidad de contar en una sociedad no sólo con el elemento personal que la caracterizaba como "intuitu personae" sino también con el aporte de capital como única responsabilidad patrimonial por parte de los socios.

Como hemos visto anteriormente, la ley 19550 no toma en cuenta dicha clasificación sino que ordena los distintos tipos de sociedades de acuerdo con la forma en que se divide el capital, ya sea en parte de interés, en cuotas o en acciones.

Consideramos que el elemento que, según la doctrina generalizada de los autores, distingue a dichas sociedades, que sería el factor personal de los socios, no estaría integrado por la actividad personal de cada uno de ellos en la dirección y administración de la sociedad como excluyente de las sociedades de capital, pues en este tipo de sociedades es factible y además de práctica corriente que los socios o accionistas tengan injerencia directa en el desenvolvimiento del destino de la sociedad, ya sea directamente como miembros del directorio o indirectamente por sus decisiones en la asamblea.

Ahora bien, si no es la actividad personal lo que diferenciaría unas sociedades de otras, ¿qué atributo personal sería el encargado de distinguir a los sociedades de personas de las sociedades de capitales? Entendemos que el enfoque hacia la persona se circunscribe específicamente al patrimonio que es el afectado por las obligaciones sociales, ya que el socio contrae responsabilidad subsidiaria, ilimitada y solidaria.

En consecuencia, el criterio de distinción entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales sería, en última instancia, meramente económico ya que por las primeras lo que más importa es el patrimonio personal de los socios, en tanto que en las segundas la importancia radica en el patrimonio de la sociedad formado por el aporte de cada asociado.

Desde el punto de vista de los terceros que contratan con la sociedad, su garantía es el patrimonio de los socios en las llamadas "sociedades de personas" y el patrimonio de la sociedad en las llamadas "sociedades de capitales".

En suma, el concepto predominante de que en las sociedades de personas el factor primordial era el personal de los socios ("intuitu personae") y de que en las sociedades de capitales el factor primordial era el aporte de capital ("intuitu rei"), ha quedado desvirtuado en virtud de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resumirse a un patrimonio de afectación, en el primer caso por parte de los integrantes de la sociedad y en el segundo caso por parte de la sociedad misma.

Este criterio no basta para efectuar una diferenciación entre sociedades de personas y sociedades de capitales, ya que el patrimonio de afectación en las sociedades de personas está compuesto por el patrimonio de la sociedad y el patrimonio de los socios; en cambio el patrimonio de afectación en las sociedades de capitales si bien lo forma exclusivamente el patrimonio de la sociedad, de ordinario suele complementarse frente a terceros con el patrimonio personal de sus integrantes, por lo que en definitiva ambos tipos de sociedades tendrían las mismas características y su clasificación sería improcedente.

VI. CONCLUSIONES

1º) La doctrina en general ha receptado la clasificación entre sociedades de personas y sociedades de capitales.

2º) Los criterios de diferenciación entre unas y otras han sido los siguientes:

a) por su carácter "intuitu personae"; b) por la responsabilidad de sus socios, y b) por la transmisibilidad de los derechos y obligaciones de los asociados.

3º) La ley 19550 no toma en cuenta esta clasificación, pero algunas leyes en nuestro derecho positivo, especialmente en el derecho tributario, hacen mención a las sociedades de personas y a las sociedades de capitales.

4º) Si bien se destacan diferencias entre las sociedades de personas y las sociedades de capitales, según nuestra opinión en la actualidad dicha distinción no tiene relevancia ni en su faz jurídica ni en su faz práctica.

BIBLIOGRAFÍA

Vivante, César, Instituciones de derecho comercial.

Garó, Francisco J., Sociedades comerciales.

Messineo, Francesco, Derecho civil y comercial, t. V, pág. 326.

Etcheverry, Raúl A., "Panorama actual de las sociedades de personas", La Información, t. 27, año 1973.

Guyenot, Jean Pierre, Curso de derecho comercial, vol. I.

Farina, Juan M., Sociedades comerciales.

Manara, Delle società e delle associazioni commerciali, N° 267. Siburú, Juan B., Comentario del Código de Comercio argentino, t. V, N° 1126.

Halperín, Isaac, Curso de derecho comercial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Bolaffio; Rocco; Vivante, Derecho comercial, t. 6.

Guyenot, Jean Pierre, "El nuevo derecho de sociedades", La Ley, t. 136, año 1969.

Ripert, Georges, Traité élémentaire de droit commercial, año 1951.

Rivarola, Mario A., Tratado de derecho comercial argentino, t. 2.

Malagarriga, Carlos C., Tratado elemental de derecho comercial.

UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

JUAN A. MERCADANTE, CARLOS A. CARABBA, Y CARLOS A. BARCELÓ

I. INTRODUCCIÓN

La historia económica nos demuestra su constante evolución, y desde los albores del siglo XVIII este crecimiento supera en forma abrumadora al ocurrido anteriormente. Vemos claramente un proceso de aceleración en la medida que los progresos tecnológicos de los medios de comunicación, de publicidad y de producción y la creciente avidez consumidora generan nuevas posibilidades; su aplicación práctica da lugar a modificaciones en las estructuras del medio socioeconómico, creando nuevas pautas culturales que son la fuente de nuevas necesidades para cuya satisfacción debe estimularse la investigación científica y la aplicación de su resultado.

Su principal consecuencia: nuevas modificaciones de estructura y un nuevo ciclo del proceso. El punto de partida de esta aceleración es el invento de la máquina de vapor; su principal manifestación: el pasaje del sistema de manufactura familiar y artesanal al sistema de producción en fábrica. Su nueva filosofía: dejar de producir para sí, y producir para el mercado. Su fundamento económico: la especialización y división del trabajo. Su objetivo: el mejor aprovechamiento de los recursos disponibles para satisfacer necesidades.

Apoyado en todos estos pilares, aparece nítidamente la imagen de una entidad que crecerá hasta erigirse en el centro de toda la moderna actividad económica: la empresa.

Este fenómeno despertó el interés de la doctrina por sus implicancias en el mundo jurídico, tratando de aprehenderlo en todas sus facetas y manifestaciones.

El notariado, como parte integrante de ese mundo jurídico, en su diario quehacer recepta la creciente gravitación del mismo. Por ello, y en su afán de perfeccionamiento, se aboca, en esta VII Convención, a su tratamiento.

Convencidos que la problemática de la unificación del derecho privado hace a una mejor regulación jurídica del fenómeno económico, proponemos su estudio.

II. DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Es en Alemania donde la tradicional concepción objetiva del derecho comercial iniciada por el Código de Napoleón es reemplazada por el nuevo concepto de empresa. Noción ésta que no surge, al decir de Messineo, refiriéndose a las figuras jurídicas, como una "fantasía de los juristas o de la inventiva de los legisladores, sino de la necesidad práctica que plantea a los interesados el tráfico negocial".

Tenemos como precursores a Pisko, quien resalta que la empresa - conjunto de bienes de distinta naturaleza - sirve de soporte para la actividad del empresario. Endemann y Wieland amplían este concepto, considerando a la empresa como "una organización de factores diversos, donde está el centro de la actividad económica moderna, y que por tanto, ella constituye el núcleo de las diversas actividades mercantiles".

El derecho comercial alemán, en su Código de 1897, pone al comerciante en el centro del sistema y se estiman mercantiles todos los actos o negocios que realicen en el ejercicio de su actividad profesional.

El Código Civil italiano reglamenta no ya al comerciante sino al empresario, y como consecuencia de este tratamiento, surge la normatización de la empresa. Este Código es el resultado de la obra iniciada por Vivante en la que brega por la unificación del derecho privado, no obstante su posterior retractación en la quinta edición de su Tratado invocando razones de interés práctico, lo que motivó que se retrasara su aplicación dado el valor científico de su opinión.

Fue en Suiza donde tuvo la unificación su primera concreción legislativa en el llamado Código de las Obligaciones, redactado en 1881 y revisado en 1911 y 1936. Lo mismo ocurrió en Polonia.

III. DERECHO LATINOAMERICANO

También en nuestra América, siguiendo la corriente imperante en Europa, los autores se ocuparon del tema; ejemplo de ello los tenemos en el Anteproyecto del Código Civil de Luis De Gásperi para el Paraguay, en donde legisla uniformemente las obligaciones y contratos e incluye la reglamentación de sociedades comerciales, y Roberto Golsdchmidt en un proyecto de leyes mercantiles para Venezuela, en el cual las obligaciones y contratos se unifican en el Código Civil.

Freitas vislumbró la necesidad de la unificación cuando en 1867, con motivo del encargo que se le hiciera para redactar un Código Civil para Brasil, dijera: "Hoy mis ideas son otras, pues el gobierno pretende de mí la redacción de un proyecto de Código Civil, y no puedo dar ese Código, aun comprendiendo en él lo que se llama derecho comercial, sin comenzar por otro Código que domine la legislación entera. No hay justificación para esa separación arbitraria de leyes, a que debe dársele el nombre de derecho comercial o Código de Comercio, ya que los actos de la vida jurídica, exceptuando los beneficios, pueden ser comerciales o no comerciales, esto es, tanto pueden tener por fin el lucro pecuniario, como satisfacer necesidades de la existencia".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IV. DOCTRINA Y LEGISLACIÓN NACIONAL

En nuestro país tenemos como primer antecedente legislativo en la materia el Código de Comercio de 1859, que en el año 1862 fue ley de la Nación, redactado por Vélez Sársfield y Acevedo. En la nota de presentación del proyecto decían esos autores: " En el estado actual de nuestros códigos civiles, era imposible formar un Código de Comercio, porque las leyes mercantiles, que suponen la existencia de leyes civiles, son una excepción de ellas y parten de antecedentes ya prescriptos en el derecho común. No podíamos hablar, por ejemplo, de consignaciones, sino suponiendo completa la legislación civil sobre el mandato; era inútil caracterizar muchas de las obligaciones mercantiles, como solidarias, si no existían las leyes que determinasen el alcance y las consecuencias de este género de obligaciones. Pero éstas y otras diversas materias no estaban tratadas en los Códigos Civiles; o la legislación era absolutamente deficiente respecto de ellas, guiándose los tribunales solamente por la jurisprudencia general. Hemos tomado, entonces, el camino de suplir todos los títulos del derecho que a nuestro juicio faltaban para poder componer el Código de Comercio".

Incluyen así, en ese cuerpo, disposiciones de derecho civil para regir los contratos y las obligaciones en general.

Carlos Juan Zavala Rodríguez, en trabajo sobre dicho Código, resalta el mérito excepcional de la reglamentación unificada de la sociedad, definida así en el artículo 387 del mismo: "La compañía o sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se unen, poniendo en común sus bienes o industrias o alguna de estas cosas, con ánimo de partir el lucro que pueda resultar".

No obstante pensar Vélez y Acevedo que el derecho comercial era una mera excepción del civil, se vieron en esa necesidad de incluir preceptos generales sobre obligaciones y contratos, ya que la legislación vigente a esa época eran las antiguas leyes españolas, carente totalmente de los mismos.

Al dictarse el Código Civil, que incluía esos preceptos generales, surgió la necesidad de derogarlos del Código de Comercio, lo que se realizó con la reforma de 1889.

Igual quedó subsistente la estrecha relación entre ambas ramas. El Código de Comercio, en su artículo I del Título Preliminar preceptúa: "En los casos que no estén especialmente regidos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil", y en su artículo 207 nos indica: "El derecho civil, en cuanto no esté modificado por este Código, es aplicable a las materias y negocios comerciales".

Con la reforma del Código Civil, llevada a cabo en el año 1968, ley 17711, los principios ya regulados por el derecho comercial, referente al pacto comisorio (art. 216 Código de Comercio), fueron receptados por dicho cuerpo legal (art 1204, Código Civil), al igual que la elaboración jurisprudencial de los tribunales comerciales referente a la mora

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(ampliación para la esfera mercantil de los supuestos de "mora ex re»), por el nuevo artículo 509.

Lisandro Segovia, ilustre comentador de nuestros códigos, en su Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina señalaba: "La tendencia moderna, la grande obra, consiste en hacer fusionar los derechos civil y comercial; pero esta evolución requiere tiempo y no puede ser improvisada. Aunque toda nuestra legislación civil sea provisional y haya de existir una revisión completa, su reforma y unificación no podrán realizarse, sino cuando, calmada la fiebre de los negocios, se llegue al equilibrio de los espíritus y se formen y acrediten los hombres capaces de llevarla a buen término".

Leopoldo Melo en 1906 pronunció una conferencia en la que explicita con manifiesta nitidez, su posición en favor de la integración del derecho civil y comercial; decía al respecto el jurista: "La tendencia dominante en el derecho es, pues, de integración objetiva. Desaparecidas las causas que produjeron la diversificación y el nacimiento de un derecho de clases, se marcha hacia el derecho único, dentro del cual el objeto del acto o contrato determinará el precepto a aplicarse, con abstracción de profesiones. En ese gran todo, a la vez que figuren disposiciones comunes para la capacidad, obligaciones y contratos, las habrá especiales para las instituciones que se consideran esencialmente exigibles e igualmente para las que se miran como comerciales; mas será siempre el hecho o contrato la base de su aplicación y no la profesión".

Mérito de sus ideas es la inclusión como tema, en el Primer Congreso de Derecho Comercial, realizado en la ciudad de Buenos Aires, en el año 1940.

Reunido el Congreso bajo la presidencia del doctor Leopoldo Melo, el tema que nos ocupa fue estudiado por la subcomisión II. Las ponencias presentadas fueron cinco, tres por la unificación y dos ponencias en contra de la misma, por entender sus autores, doctores Francioni y Garo, no existir en el país ni ambiente ni organización propicia para la sanción de un Código único.

Tras lúcidas y brillantes exposiciones de los congresales, se emitió la siguiente declaración: "Es conveniente la sanción de un Código único de Obligaciones, que incluya todas las obligaciones civiles y comerciales cuya existencia será perfectamente compatible con la subsistencia en la constitución de las atribuciones del Congreso de sancionar los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería".

Cabe acotar, al respecto, la interesante exposición del profesor de la Universidad de Córdoba, Mauricio Yadarola, quien en defensa de sus puntos de vista en el Congreso, apuntó la no existencia de una separación absoluta y excluyente de la materia propia de la actividad comercial de la actividad civil, ya que la distinción entre actos civiles y comerciales está determinada por razón de la forma del acto y, a veces, por el sujeto que lo realiza, pero no por su contenido y que la especial aptitud del derecho comercial para el gobierno de las relaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económicas servirá de base para la codificación, agregando: "Si el derecho comercial es esencialmente obligacional, a su vez las obligaciones son esencialmente económicas y como el contenido de la obligación es lo que determina la naturaleza de la norma que debe regirla el proceso lógico de la unificación nos conduce necesariamente a refundir el derecho privado de contenido económico en un Código único de las relaciones económicas".

Estas ideas unificadoras son sostenidas por Marcos Satanowsky en la Jornada Franco - Latinoamericana de Derecho Comparado, celebrada en Montevideo en el año 1948 y ratificadas en la Jornada para la Unificación de la Legislación Rioplatense, celebrada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, en el año 1956.

También el tema fue tratado en la Sexta Conferencia Nacional de Abogados, celebrada en la ciudad de La Plata en el año 1959, prevaleciendo la doctrina unificadora sostenida por los doctores Spota, Salas, Cámara, León, Alconada Aramburú y Morello; y en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en la ciudad de Córdoba en el año 1961, donde se recomendó por unanimidad: Que se unifique el régimen de las obligaciones civiles y comerciales, elaborando un cuerpo de reglas sobre obligaciones y contratos como Libro del Código Civil.

Concordante con estas ideas unificadoras fue el decreto 9311/58 del gobierno nacional, encomendando a los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria, la realización de un anteproyecto de ley general de sociedades, que en su primera redacción contemplaba el anhelo de unificación del derecho societario que surgía, si bien no palmariamente, de los considerandos del referido decreto, en los que luego de citar como antecedentes del derecho comparado a la legislación mexicana e inglesa se lee: "Que las posibilidades que ofrezca la tendencia moderna hacia la unificación del derecho privado se acrecientan en lo que respecta a las sociedades, ya que, actualmente, la casi totalidad de aquellas que tienen por objeto actividades no comerciales, son comerciales por su forma al adoptar la de sociedades anónimas o sociedad de responsabilidad limitada; fuera de que una reforma que, respondiendo a dicha tendencia, entendiéndose la referida unificación de modo tal, requeriría forzosamente por su importancia, complejidad y trascendencia, un lapso de estudio y de concreción muy prolongado y no sería mucho menor por una reforma de toda la legislación comercial". Este criterio se varió al anunciar el Poder Ejecutivo su voluntad de no reformar el Código Civil a través de la ley general de sociedades, circunstancia ineludible de mantenerse la tesis unificadora, sino realizar la reforma en forma integral, restringiéndose en consecuencia las normas del anteproyecto a las sociedades comerciales y a las de objeto civil, que adoptaba uno de los tipos reglados, criterio que se mantuvo en la actual ley de sociedades comerciales.

También debemos anotar la sanción de la ley de concursos, 19551, que unifica el régimen concursal y tiene por ventaja reglar con uniformidad legislativa para toda la República y la extensión al concurso civil del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concurso preventivo.

Lo esencial no es la persona del deudor, sino la situación patrimonial de éste, que no le permite el cumplimiento de sus obligaciones, siendo la ejecución colectiva el remedio legal. La aplicación de las normas de la misma a los comerciantes y sociedades comerciales (art. 2°), es extendida a las personas de carácter privado no comprendidas en el art. 2° (art. 310), con las salvedades citadas en los incisos de dicho artículo.

V. CONCLUSIONES

Tenemos así una sucinta idea acerca de la doctrina y legislación existente sobre el tema objeto de estudio. De ello resulta que la tendencia unificadora es francamente mayoritaria, residiendo las fundamentales diferencias en cuanto a la extensión y metodología para llevarla a cabo.

No hay razón para que estén legisladas en dos Códigos, las normas relativas a la compraventa, mandatos y demás contratos, siguiendo una artificiosa división basada casi exclusivamente en motivos históricos.

Las reglas generales sobre obligaciones en el derecho civil son aplicables a las obligaciones del derecho comercial y también en los contratos resultan aplicables las normas de uno u otro derecho, ya que para ambos los mismos son actos jurídicos bilaterales, por medio de los cuales son creados derechos creditorios y obligaciones. El propósito de lucro esgrimido como principal rasgo distintivo en los contratos comerciales, no es exclusivo de ellos, atenta la unidad de vida económica actual que ha influido en la denominada "comercialización del derecho civil", y es Ripert siguiendo a Riesser, quien nos señala que el derecho comercial domina la vida civil en su aspecto económico y, por tanto, también a los contratos regulados por éste.

Con relación al derecho societario, observamos que en nuestro ordenamiento positivo coexisten dos cuerpos normativos, donde hay disposiciones que son comunes, otras interrelacionadas (art. 1777 del Cód. Civil que remite al Cód. de Comercio con relación a la liquidación de la sociedad) y también algunas contrapuestas (art. 1670 Cód. Civil y arts. 90 y 155 de la ley 19550).

Esta unificación es factible, en base al avance experimentado por la doctrina, los proyectos de unificación comentados precedentemente y la escasa legislación vigente (ley 19551). Como primer paso para lograrla deberían reunirse en un solo cuerpo legal las disposiciones referentes a las obligaciones y los contratos, ya sea como un Código único de las Obligaciones o como un libro que forma parte o del Cód. Civil (III Congreso de Córdoba) o del Cód. de Comercio (M. Satanowsky).

La unificación propugnada no implica, en absoluto, la absorción de un derecho por otro ni la pérdida de las respectivas autonomías dogmáticas y científicas .

Este primer paso es decisivo para renovar nuestro derecho privado y servirá de base para lograr un objetivo mayor: la integración jurídica y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económica de Latinoamérica.

BIBLIOGRAFÍA

- Broseta Pont, Manuel, La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil. Madrid, Tecnos, 1965.
- Cámara, Héctor. "Algunas reflexiones sobre el anteproyecto de ley general de sociedades" (En: Boletín del Instituto de Derecho Civil. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, Año 1959 - 1961).
- Congreso Nacional de Derecho Civil. 3. Córdoba, 1961. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, 9 - 14 de octubre 1961. Córdoba, 1962. 2 v.
- Congreso Nacional de Derecho Comercial. 1. Buenos Aires, 1940. Actas del 1er. Congreso Nacional de Derecho Comercial celebrado en Buenos Aires del 1º al 7 de abril de 1940. Buenos Aires, 1943. 2 v.
- Etcheverry, Raúl A, Manual de derecho comercial, parte general. Buenos Aires, 1978.
- Fassi, Santiago C. Ley de concursos, comentada y anotada. Ley 19551. Buenos Aires, Astrea, 1972.
- Malagarriga, Carlos C. y Enrique A. C. Aztiria. Anteproyecto de ley general de sociedades, Dec. 9311/58, redactado por . . . Buenos Aires, 1959.
- Tratado elemental de derecho comercial. Buenos Aires, TEA, 1958.
- "La unidad del derecho obligacional y el régimen jurídico de las sociedades". (En: Revista del Colegio de Abogados de La Plata. Nº 6, enero - junio 1961, p. 33).
- Messineo, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires, EJEA, 1954.
- Satanowsky, Marcos A. Estudios de derecho comercial. Buenos Aires, 1950. 2 v.
- Tratado de derecho comercial. Buenos Aires, TEA, 1957. 3 v.
- Winizky, Ignacio, "Anteproyecto de ley general de sociedades en la Argentina; análisis sintético de sus principales características". (En Revista Jurídica de Tucumán. Nº 7. 1960, p. 43.)
- Zavala Rodríguez, Carlos J., Obligaciones y contratos en el Código de 1862. (En Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, t. 1963 - VI, p. 32, sec. doctrina.)
- "La unificación del derecho civil y comercial y el pensamiento de Lafaille".
(En Estudios de Derecho Civil en Homenaje a Héctor Lataille. Buenos Aires, Depalma, 1968.)

MODALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES. LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO TIPO SOCIETARIO DE LA GRAN EMPRESA

LILIANA M. GRINBERG

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La producción aislada, característica de una época, se sustituye por la actividad mercantil e industrial en masa. Se evidencia una progresiva tendencia hacia la sustitución de los empresarios individuales por los constituidos en forma de sociedad, al mismo tiempo que se recurre cada vez más a los instrumentos jurídicos y económicos que tienden a controlar monopolísticamente el mercado, limitando el principio de la libertad de competencia. Se constituyen "grupos o "posiciones de dominio económico"(1)(578) y así surge el fenómeno moderno de la concentración. Al decir de Guyenot: "La concentración llama a la concentración". Al lado de empresas poderosas, las que actúan a sus alrededores buscan entrar también en el "grupo" a fin de obtener de ello beneficios y protección. Es decir, que desde un punto de vista económico, el nuevo protagonista es la gran empresa o los "grupos" de empresas. El nuevo orden económico tiene dos características: la producción en masa y el intervencionismo estatal. Los abusos cometidos traen como consecuencia una intervención pública en la economía. La excesiva libertad económica no debe perjudicar al bienestar general. El ansia de poder económico y político debe controlarse en aras del interés público. Surge, de este modo, un intervencionismo estatal en "la economía que participa de la concepción liberal capitalista y la socialista". Se manifiesta en dos formas: a) mediante la intervención normativa que restringe la autonomía de la voluntad contractual y limita la libertad de competencia; b) por la participación activa del Estado, típica de esta época; el Estado actúa como empresario y realiza, por sí o por medio de entes que de él dependen, actividades mercantiles e industriales. El Estado asume un rol competitivo frente a la empresa privada(2)(579).

El Estado dentro de la economía capitalista actúa como sujeto de derecho privado y, en la economía socialista, el Estado, como poder público, no consiente que actividades económicas indispensables para el desarrollo del país permanezcan en la iniciativa privada; por eso monopoliza el mercado. Ejemplos: Yugoslavia: autogestión empresarial socialista; Perú: "empresa de propiedad social" (decreto 20598/74); República Argentina: formas concurrentes, sociedad de economía mixta (decreto - ley 15349/46, ratificado por ley 12962); sociedad con participación estatal mayoritaria (decreto - ley 17318/64, incorporado con leves modificaciones a la ley 19550, cap. II, sección VI); caben mencionar en la República Argentina diversas leyes sobre actividades empresarias del Estado; ley 20558 (Corporación de Empresas del Estado); ley 20568 (Corporación de la Pequeña y Mediana Empresa); ley 20560 (promoción industrial); decreto 1336/74 que modifica el decreto - ley 17507/67 sobre rehabilitación de empresas y la ley 20705 que ratifica la actividad empresarial del Estado extendiéndola a toda actividad catalogada de "interés nacional".

Empresario mercantil

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los artesanos, agricultores, ganaderos y los pequeños comerciantes no disponen de una verdadera empresa para ejercer su actividad. Ellos son "pequeños empresarios". La aptitud para convertirse en "empresarios mercantiles" no depende de la actividad que realizan sino de la dimensión de la organización para realizarla.

Evolución histórica de la empresa en el mundo moderno(3)(580)

En el campo económico se debe partir del concepto de empresa y, en el mundo moderno, de empresa capitalista. Este concepto se desarrolló lentamente en el curso de la historia económica.

Tulio Ascarelli explica su lenta evolución teniendo en cuenta los problemas que se plantean en el ámbito de la empresa:

ORGANIZACIÓN Y DIVISIÓN DEL TRABAJO REUNIÓN DEL CAPITAL
ÉPOCAS PRIMITIVAS MUNDO MODERNO

Se identificaba - familia y Se resuelve a través O bien se obtiene por un
empresa - (ya que las fuerzas de: empresario, mediante mutuo,
del trabajo las proporcionaba Contratos de trabajo: locación, comodato; al 3º se
le

la familia). Un empresario asume el riesgo remunera con un interés o
- Jerarquía familiar y jerarquía y toma el provecho. arrendamiento.
de la empresa - . Los trabajadores son O se recurre a la forma
extraños. asociativa, y riesgo y provecho
son de todos.

Contratos de sociedades:
Todos son empresarios. Todos
soportan riesgos y todos gozan
el provecho

Ambos medios no se excluyen
sino que pueden combinarse.

EMPRESA Y DERECHO(4)(581)

No se entiende a la empresa bajo la forma individual sino bajo la forma social. Ella, como célula de una industria o comercio, especialmente la gran empresa y con ella la producción en masa, la concentración de las empresas para lograr una posición de dominio sobre el mercado y el control del abastecimiento de materia prima y la formación de los precios, determinan la aparición de los fenómenos económicos del mundo moderno que al derecho corresponde regular. El derecho debe dar los instrumentos jurídicos adecuados plenamente a las exigencias económicas.

En Francia, por ejemplo(5)(582) fue necesario adaptar el régimen francés a las nuevas estructuras del comercio y la industria para permitir a las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

empresas industriales y comerciales hacer frente a la concurrencia internacional y la competencia interna del Mercado Común, desde el momento en que el Mercado Común europeo comenzó a aplicarse en forma efectiva. Si no se hubiera reformado el derecho, en vez de ser un instrumento de progreso hubiera constituido una traba. El legislador francés le da a la empresa los medios para lograr poder y eficacia, como el derecho italiano o el derecho de los Países Bajos. El legislador adapta el nuevo derecho a la empresa y, además, pone el derecho al servicio de la empresa.

El jurista debe tener en cuenta cuál es la función que cumple efectivamente una institución jurídica en un lugar y en una época determinados, de otro modo no se la puede comprender ni valorarla críticamente. Se trata de aplicar un "corpus iuris" constituido a una realidad social cambiante, por ejemplo, en el derecho inglés muchos instrumentos jurídicos de origen feudal han sido perfeccionados para responder a exigencias modernas.

En Europa, la aplicación de los derechos nacionales está supeditada a la decisión de instancias jurisdiccionales europeas. En Francia, el actual derecho francés vuelve a la idea que se tenía del derecho comercial en 1789 sobre reglas comunes basadas en la costumbre.

Ambos derechos tienden hacia la eficacia. La Ordenanza de mayo de 1673 determina: "el comercio es la fuente de la riqueza pública y de la riqueza de los particulares. Esta riqueza interesa a los poderes públicos dentro de un interés político y social".

Al nuevo derecho francés, que tiende hacia la eficacia para lograr poder y riqueza a través del comercio y de la industria, no le interesa ya el comerciante aislado, la empresa individual, sino la empresa social, como célula económica, como medio de concentración de capitales y de poder económico. Se produce el intervencionismo estatal en materia comercial y el derecho comercial se tiñe de derecho público, esto es, se publicita. Esta publicitación tiende a su mejoramiento.

PRIMERA PARTE

LA SOCIEDAD ANÓNIMA COMO TIPO JURÍDICO DE LA GRAN EMPRESA

El centro de la vida económica moderna es la empresa como célula económica. Su dimensión tiende a aumentarse y cuanto mayor es la empresa más difícil es referirse a una sola persona que pueda proporcionar el capital necesario.

La reunión de varios individuos en torno de una empresa, lo cual permite aumentar su dimensión más allá de los límites de las fuerzas de trabajo y de capital de un individuo singular, se hace posible por la sociedad comercial.

La sociedad anónima(6)(583)constituye un instrumento jurídico apto para recoger capitales que superan las fuerzas económicas de individuos aislados y que son necesarios para la industrialización del país.

La sociedad anónima aparece en la historia de la economía cuando se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacen necesarias estructuras jurídicas específicas para el desarrollo de grandes empresas que requieren el agrupamiento de cuantiosos capitales(7)(584). Ella se caracteriza por dos principios:

- La división del capital en acciones.
- La responsabilidad limitada.

Se limita la responsabilidad de los socios. Se reúne más sencillamente el capital y se hace posible la recuperación en cualquier momento de los fondos invertidos. Se transmite más fácilmente el estado de socio que se hace más fácil cuando ese estado es incorporado a un título de crédito. El socio puede controlar la gestión social. Se crean empresas gigantes donde participan millares de accionistas y surgen vinculaciones delicadas entre sociedades, bancos y bolsas. La sociedad, para recoger un gran capital, no llega directamente a las empresas, lo cual requerirá mucho tiempo y tecnicismo; esto lo realizan las bancas; suscriben el capital social y luego buscan sucesivamente personas singulares a las que transmiten las propias participaciones en fracciones pequeñas.

En Italia y Alemania las bancas han sido muy importantes en la constitución de grandes sociedades. En los países anglosajones esta función es asumida por institutos financieros.

La colocación de acciones exige, con frecuencia, la intervención de la bolsa, en la que se concentra precisamente la demanda y la oferta de los títulos.

EL DERECHO DE SOCIEDADES COMO EL REVESTIMIENTO JURÍDICO DE LA GRAN EMPRESA(8)(585)

La sociedad anónima es el instrumento irremplazable del gran capital moderno. Es el revestimiento jurídico de las empresas más poderosas.

La sociedad anónima como técnica de concentración del poder económico:

La sociedad comercial es la primera forma de concentración de poder económico.

Evoluciona en los siguientes pasos:

De la sociedad individual a la sociedad de personas.

De la sociedad de personas a la S.R.L.

De la S.R.L. a la S.A.

La sociedad anónima constituye la forma más acabada del fenómeno de la concentración:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Concentración de:

- Capital
- Mano de obra
- Poder de decisión.

La importancia de la sociedad anónima como instituto jurídico en la economía moderna es tal que existe una indudable identificación entre la gran empresa tanto nacional como multinacional en la figura de la sociedad anónima. Esta predomina sobre cualquier otra forma de empresa por la importancia de los capitales reunidos y de los servicios realizados. Hoy es la forma típica de la empresa capitalista.

FACTORES DESENCADENANTES DE LA CRISIS DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA (9)(586)

La revolución industrial del siglo XIX y el fenómeno del capitalismo hacen de la sociedad anónima el instrumento preferido por la gran empresa. En la República Argentina puede decirse que después de la primera guerra mundial se da el paso desde la sociedad de personas y empresas unipersonales a las sociedades por acciones. En nuestro país la S.A. también es el tipo jurídico de las empresas estatales, por ejemplo el complejo "El Chocón - Cerros Colorados".

Cuando las exigencias económicas no encuentran en el ordenamiento jurídico la adecuada regulación, se multiplican los casos en los que las partes recurren a determinados negocios para lograr otros fines de la causa típica del negocio. Ascarelli llama "negocio indirecto" o "con finalidades indirectas" cuando un instituto jurídico se adapta a finalidades económicas que no son su finalidad económica típica, es decir, aquélla en vista de la cual el mismo ha surgido históricamente y regulado por el legislador.

Jehringuy y Rabel, historiadores del derecho, han llamado la atención sobre este fenómeno, en el que las partes recurren a un determinado negocio con fines ulteriores y que muchas veces dan lugar al nacimiento de nuevos tipos de negocios. Dichos negocios son efectivamente queridos por las partes, las cuales por motivos fiscales o por gozar de la seguridad de la regulación de institutos conocidos, quieren sujetarse a su regulación, pero quieren servirse a través de cláusulas contractuales de ese negocio, para otros fines.

En la práctica se multiplican las sociedades anónimas anómalas: Ascarelli ejemplifica este fenómeno que él llama "negocio indirecto" con la constitución de S. A. con pocos socios, o hasta de hecho con un único socio que se encuentran en todos los países a pesar de las prohibiciones legislativas y que constituyen en los países cuyo desarrollo está en su fase inicial, el tipo más frecuente. Sociedades anónimas de un solo socio y sociedades anónimas familiares, son natural consecuencia de la importancia que fue tomando la idea del patrimonio separado. Se utilizan en interés del comercio individual con las normas reguladoras del patrimonio separado para el ejercicio colectivo del comercio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las legislaciones tratan de apartar de las inversiones en la S.A. a los modestos ahorristas. Se trata de regular severamente lo concerniente a la colocación de acciones en el público. a las valuaciones de los aportes en bienes que no son dinero, a las responsabilidades y a las remuneraciones de los fundadores, a los gastos de constitución, a la veracidad de las memorias y balances, a los intermediarios en la emisión de acciones y su posterior ofrecimiento al público.

En los países con gran desarrollo del mercado, ante la gran difusión de las acciones entre el público, se fue evidenciando el dominio de las sociedades por un grupo de accionistas, aún sin constituir la mayoría de las acciones, ya sea por medio de procuraciones para el voto, "voting trust", etc., o por medio del ausentismo de muchos accionistas que son simples inversores de capital o especuladores sobre el curso de las acciones. El problema de la tutela de la minoría es en realidad el de la tutela de la mayoría(10)(587)de los suscriptores. La legislación norteamericana trató de proteger con normas de derecho público, la autotutela privada del accionista, para evitar lo que llaman "venta del cielo azul".

La sociedad anónima, instrumento de la gran empresa, facilita la coalición entre sociedades y es el instrumento de la concentración industrial.

Se ha convertido en un "agudo punto de crítica"(11)(588)del capitalismo económico.

Son factores desencadenantes de la crisis de la sociedad anónima:

- La acumulación de grandes capitales(12)(589)en empresas gigantes con la consiguiente influencia sobre la economía general. El avance tecnológico se caracteriza por el ahorro de la mano de obra y la venta de tecnología como un medio importante de control societario y de dependencia económica de los países en desarrollo.

- Millares de accionistas se reparten acciones como medio de inversión y se desinteresan del gobierno de la sociedad, lo que provoca el ausentismo.

- Se disocia el poder de la propiedad: se necesitan grandes sumas de dinero para financiar la producción y comercialización y también complejidad tecnológica, lo cual requiere personas especializadas que no son los titulares del capital. La acumulación del poder por estos funcionarios debe ser controlada por el Estado, sobre todo si se trata de sociedades multinacionales, uniones de empresas, control sobre otras sociedades, etc. Este poder influye en el control de los precios, calidad, salarios, nivel de vida, influencia en la política internacional del Estado (por ejemplo, las sociedades petroleras en el Medio Oriente).

- Influencias de concepciones políticas, sociales, filosóficas.

En nuestro país los cuadros estadísticos demuestran la difusión que ha tenido en el mismo la sociedad anónima.

Su uso exagerado y superfluo trajo consecuencias negativas:

a) En cuanto a los socios: los fundadores y los que después se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incorporan a la sociedad deben afrontar gastos de constitución y funcionamiento de la sociedad que no tendrían si se hubiera utilizado otro tipo de sociedad;

b) En cuanto al Estado: el Estado aumenta su control en protección del ahorro público (Comisión Nacional de Valores) y de la economía en general. Se estatizan las grandes empresas y servicios públicos; se reprimen los monopolios. Pero el control administrativo de legalidad y funcionamiento se hace imposible con respecto a la fiscalización de constitución, reformas y variaciones de capital sobre tanta cantidad de sociedades anónimas cerradas además del control permanente de las sociedades anónimas abiertas. El costo de esa fiscalización incide en el interés público.

La ley de sociedades ha dictado algunas normas tendientes a frenar el uso indiscriminado de la sociedad anónima:

- Al elevar el número de miembros de la S.R.L. a 50, muchas medianas y pequeñas empresas pueden elegir otra forma societaria sin control. Esta medida no ha tenido éxito en la práctica.

- Reformas impositivas que colocan a las sociedades de personas en igual situación fiscal que las sociedades por acciones (ley 20629).

- Ley 20643 sobre la nominatividad de las acciones en forma obligatoria. Zaldívar(13)(590)propugna algunas medidas para evitar este uso irracional de la sociedad anónima:

- Para constituir la S. A. debe tener un capital mínimo.

- Por vía reglamentaria debe establecerse una relación lógica entre objeto y capital (ya que muchas veces el objeto es amplísimo y el capital ínfimo).

- Que el control de las S.A. se realice en forma efectiva.

Por sus dimensiones el fracaso económico de la S. A. tiene hondas repercusiones, además de consecuencias sociales por la importancia como fuente de trabajo.

La gran empresa, que halla su expresión en la S.A., exige mayor responsabilidad, "de modo que puede hablarse de libertad de iniciativa sólo en el sentido que el ejercicio de la empresa depende de la voluntad de quien, con la iniciativa, entiende asumir la responsabilidad correspondiente"(14)(591).

SEGUNDA PARTE

SOCIEDADES ABIERTAS Y CERRADAS

La característica de la responsabilidad limitada es un factor psicológico en la voluntad de las partes y esto ha provocado la continua difusión de la S. A.

En nuestro derecho, en el Código de Comercio, este tipo jurídico fue

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

concebido para la gran empresa. Pero en la práctica su uso se ha generalizado de modo irracional al aplicar la forma societaria de la S.A. a empresas de menor magnitud. Este fenómeno se produjo por la permanente presión fiscalista que obliga al contribuyente medio argentino a ocultar su patrimonio, a evadir los impuestos, lo cual significa la inactividad de esa fuente potencial de riqueza(15)(592).

Esta situación ha llevado a una distinción entre sociedades abiertas y cerradas.

La división tiende a descargar al Estado de la responsabilidad del control de todas las sociedades accionarias.

La ley francesa 4966 y la ley brasileña distinguen los dos grupos.

La ley argentina 19550 lo hace en el capítulo II, sección V, 9º, "De la fiscalización estatal", artículos 299, 300 y 301.

En el capítulo II, sección V, artículos 163 y subsiguientes, acogió la distinción sin sistematizarla, extendiéndola a la S.C.A. por el art. 316.

El criterio genérico de distinción radica en si están o no comprendidas en el artículo 299 sobre fiscalización permanente (por ejemplo, art. 194, ap. 2º; art. 224, ap. 2º; art. 237, ap. 2º, etc.).

También la ley se refiere específicamente a la distinción: arts. 168 y concordantes; 182; 202; 216, ap. 2º; 217, ap. 3º, etc.

Los fundamentos de la distinción se explican claramente en la Exposición de Motivos: "El contralor permanente del funcionamiento cuando las acciones de la sociedad se coticen en bolsa o se recurra al ahorro público, etc. (art. 299), busca proteger de manera efectiva el ahorro público acorde con los intereses generales, puesto que la relativa garantía que resulta de este contralor alienta las inversiones en tales empresas, en cuyo desarrollo el país tiene gran interés, ya que son fundamentales para una evolución económica".

SOCIEDADES ABIERTAS

Afectan directamente el interés público, por la dimensión de la empresa, por la trascendencia excepcional para la vida económica, por el recurso al ahorro público, etc.

SOCIEDADES CERRADAS

Sin dejar de afectar el interés general lo hace con intereses privados y por eso se las conoce habitualmente como sociedad de familia.

Muchas de ellas no se han constituido por ser realmente una empresa sino que han adoptado esta modalidad jurídica por razones de orden tributario, pero que en un estricto uso de los tipos societarios dan origen a una sociedad accidental o en participación o a otros negocios jurídicos, que no reúnan las características del fenómeno empresario.

SOCIEDADES ABIERTAS - Su fiscalización

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Son las sociedades incluidas en el artículo 299, sujetas a fiscalización permanente.

INCISO 1º Que hagan Oferta pública de sus acciones o debentures

Esta fiscalización protege el ahorro público y a los inversores. Del ahorro público depende el desarrollo económico del país. El producto del ahorro(16)(593)debe beneficiar a los sectores de los que depende el progreso de la economía, es decir se debe invertir en la empresa. El art. 198 prevé el "aumento de capital por oferta pública de acciones". Se llama a suscribir al público en general una oferta indeterminada.

OFERTA PÚBLICA BURSÁTIL

Por medio de Bolsas o mercados de valores, en cuyo caso la sociedad emisora debe hallarse autorizada por la Comisión Nacional de Valores (dec. ley 17811/68) y por la respectiva Bolsa de Comercio, a través de la cual se negocian los títulos en cotización entre ellos las acciones puestas en oferta pública.

OFERTA PÚBLICA EXTRABURSÁTIL

La colocación de los títulos se lleva a cabo por la propia sociedad emisora o por los agentes intermediarios extrabursátiles debidamente autorizados por la misma Comisión Nacional de Valores.

Los artículos 199, 200 y 201 regulan la nulidad de la oferta pública y el deber de informar a la autoridad de controlar la forma y cumplimiento del aumento del capital por oferta pública, a efectos de su registro.

Fiscalización concurrente:

I.G.P.J. u organismos provinciales equivalentes (en virtud de ser personas jurídicas). Comisión Nacional de Valores y bolsas o mercados de valores (en virtud de hacer oferta pública de valores).

El aumento por oferta pública de valores se sujeta además a las normas de las leyes 17811, 19060 y 19061.

Inc. 2º. Sociedades abiertas en razón de capital.

Los grandes capitales demuestran gran concentración económica.

El interés general necesita esa fiscalización. El límite fijado en la ley 19550, en \$ 5.000.000, fue reformado debido a que no respondió a la realidad socioeconómica del país que ha soportado una hiperinflación monetaria. La ley 21304 del 30 de abril de 1976 ofrece un procedimiento más realista: se le asigna al Poder Ejecutivo la facultad de actualizar el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

monto límite entre sociedades "abiertas y cerradas", cada vez que lo estime necesario. Se modifica también el art. 3º, punto 3.1.3. de la ley 18805, sustituyendo el inciso b) por otro que remite directamente al art. 299 de la ley 19550 modificado por la 21304.

INC. 3º.

En razón de su objeto o por su modo de actuar requiriendo del público dinero o valores con la promesa de prestaciones o beneficios futuros. Si no se fiscalizase se producirían muchos fraudes. Es necesario proteger el ahorro público.

INC. 4º.

Sociedades que exploten concesiones o servicios públicos.
Se impone la fiscalización.

INC. 5º.

Sociedades controlantes o controladas por otra sujeta a fiscalización. Se evita que se eluda la fiscalización efectiva. Por eso el art. 30 limita la capacidad de las sociedades por acciones.

ART. 301 ap. 2º.

Cuando la autoridad lo considere necesario.
Se refiere a las sociedades cerradas pero que por su objeto o modalidad imponen esa fiscalización.
"Las resoluciones se apelan ante el tribunal de apelaciones competente en materia comercial" (art. 306).

SOCIEDADES CERRADAS - Su fiscalización

La fiscalización de las sociedades cerradas se limita:

- Al contrato constitutivo.
- Sus reformas.
- Variaciones del capital.

El control del contrato constitutivo y sus posteriores modificaciones, constituye lo que se denomina técnicamente "control de legalidad de los actos jurídicos".

Casos en que se extiende la fiscalización permanente de las sociedades abiertas a las sociedades cerradas:

1) Cuando lo requieran accionistas que representen el 10 % del capital

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suscripto o lo requiera cualquier síndico.

2) Cuando lo considere necesario el mismo organismo administrativo, según resolución fundada en resguardo del interés público.

En la división entre sociedades abiertas y cerradas, prevalece el criterio de interés público en protección del ahorro público (incisos 1 y 4), de control de la economía por la importancia económica del ente en razón de su capital (inciso 2), por la participación del Estado (inciso 3) o por el objeto, sin perjuicio del control específico que establecen otras leyes. El inciso 6 impide que la fiscalización sea burlada.

La sociedad anónima abierta y cerrada no son dos tipos distintos sino dos variantes dentro del mismo tipo.

CARACTERÍSTICAS DE LAS SOCIEDADES ABIERTAS Y CERRADAS. DIFERENCIAS.

CONSTITUCIÓN

Sociedad abierta: Por recurrir a la suscripción pública la constitución comienza con el programa y termina con la constitución efectiva decidida en la asamblea regulada por los artículos 176 y sigtes. En el caso de que la sociedad no recurra a la suscripción pública (art. 299, incisos a 2 a 6) se halla sujeta a los artículos 160 y 165.

Sociedad cerrada: Se constituye en acto único por instrumento público.

CAPITAL Y AUMENTO

Sociedad abierta: Se dispone la publicidad especial para los accionistas (art. 194, ap. 2º.) para todas las sociedades abiertas y en especial para aquellas que recurren a la suscripción pública.

1) Informe a la autoridad administrativa de control (art. 201).

2) Para las sociedades autorizadas a cotizar en Bolsa, la autorización de emitir "por debajo de la par" (art. 202) sujeta al régimen de la ley 19060.

Sociedad cerrada: Se regula el aumento del capital con el reconocimiento del derecho de suscripción preferente (art. 194).

ORGANIZACIÓN

DIRECTORIO

Sociedad abierta: Debe ser pluripersonal (art. 255 ap. 1º.).

Sociedad cerrada: Puede ser unipersonal (art. 255 ap. 1º.).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SINDICATURA

Sociedad abierta: Luego de la modificación de la ley 21304 se exceptúa de la obligación de mantener sindicatura colegiada a las sociedades abiertas en razón del capital social. En las demás la sindicatura debe ser colegiada en número impar (art. 284, inciso 2°).

Sociedad cerrada: Puede ser unipersonal (art. 284, ap 1°).

ASAMBLEAS

Sociedades abiertas: La 1ª. y 2ª. convocatoria de la asamblea deberán hacerse separadamente con la publicación anticipada del art. 237, ap. 2°. y la mayor publicidad que especifica el art. 237, ap. 1°. Para las sociedades autorizadas a recurrir a la suscripción pública, se les prohíbe emitir acciones de voto plural para lo sucesivo (art. 216, ap. 2°). Si son sociedades autorizadas a cotizar en bolsa, las acciones preferidas recobran el derecho de voto si se suspendiera o retirase dicha autorización por cualquier causa y mientras subsista esta situación (art. 217, ap. 3°).

Sociedades cerradas: La 1ª. y 2ª. convocatoria (si el estatuto lo prevé) pueden hacerse simultáneamente para celebrarse el mismo día con una hora de intervalo (art. 237, aps. 2° y 3°). La asamblea puede realizarse sin publicar la convocatoria si se reúne el total del capital social y las decisiones se adoptan por unanimidad de las acciones con derecho a voto (art. 237, ap. 4°).

RECESO

Sociedades abiertas: Para las sociedades que hacen oferta pública o cotizan en bolsa, se prevé el receso en el caso de sanción con retiro de la autorización y se decide dejar sin efecto la disolución (art. 94, inc. 9, ap. 1°). No hay derecho cuando aumentan el capital y en caso de fusión de la sociedad (art. 245, ap. 2°).

Sociedades cerradas: Se prevén sus causales en los arts. 78, 85 y 245.

BALANCES

La Comisión Nacional de Valores, otras autoridades de control (Banco Central) y las bolsas pueden exigir de las sociedades abiertas la presentación de un estado de origen y aplicación de fondos por el ejercicio terminado y otros documentos de análisis de los estados contables. A efectos de la publicidad necesaria para los terceros inversores, la ley faculta a las autoridades de contralor a requerir otros recaudos a través de sus reglamentaciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

La ley 19550 no permite la posibilidad de distribución de dividendos anticipados salvo en las sociedades del art. 299, en las que sí pueden distribuirse intereses o dividendos anticipados o provisorios o resultantes de balances especiales, pero bajo la responsabilidad solidaria e ilimitada de directores, síndicos y, en su caso, miembros del consejo de vigilancia (art. 244, ap. 2º).

DISOLUCIÓN

Es causal específica en las sociedades abiertas, el retiro de la autorización para cotizar en bolsa o hacer oferta pública de las acciones.

LEY BRASILEÑA(17)(594)

Crea la "Comisión de Valores Mobiliarios" la que tiene trascendentes funciones. Según los autores son objetivos básicos de la ley: a) Crear un modelo de compañía adecuado a la organización y funcionamiento de la gran empresa privada requerida por la actual economía brasileña. b) Instituir un régimen que contribuya a aumentar la confianza y los intereses del público inversor en las aplicaciones en valores mobiliarios y consecuentemente para reconstruir el mercado brasileño de valores. c) Perfeccionar el modelo de sociedad anónima para ser utilizado por las pequeñas y medianas empresas.

La ley brasileña, a tales efectos, distingue las sociedades abiertas de las cerradas según que sus títulos coticen o no en bolsa.

La sociedad abierta, conforme a la legislación internacional, debe ser utilizada por la gran empresa.

Dice el art. 4º: "Para los efectos de esta ley, la compañía abierta o cerrada será conforme sus valores estén o no admitidos en las negociaciones de la bolsa o en el mercado. Párrafo único. Solamente los valores mobiliarios de compañías registradas en la Comisión de Valores Mobiliarios pueden ser distribuidos en el mercado y negociados en bolsa o en el mercado".

La ley, luego de esta disposición, no legisla separadamente las sociedades abiertas de las cerradas, sino que lo hace en general, distinguiéndolas en cada caso particular: en cuanto al valor nominal de las acciones, a los certificados de acciones, convocatoria de asamblea, aumento de capital, administración de la sociedad, etc. En cuanto a la información: "...en la compañía abierta sus directores enviarán a la Comisión de Valores mobiliarios, dentro de cinco días de realizada la asamblea general, explicación justificada de la exposición transmitida a la asamblea".

La mayor parte de las normas dejan librado el criterio regulador a lo que disponga la comisión.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TERCERA PARTE

EL CONTROL PUBLICÍSTICO SOBRE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES(18)(595)

INTRODUCCIÓN

El drama de la moderna sociedad por acciones es su control; de un control que sea permanente pero no paralizante.

El funcionamiento y actuación de las sociedades en la vida económica debe vigilarse y se le debe asignar una finalidad acorde con los objetivos económicos del poder público de la Nación.

El derecho de sociedades no es un fin en sí mismo sino una técnica jurídica puesta al servicio del mundo económico moderno para reunir los capitales indispensables a las grandes empresas y brindar seguridad a los terceros inversores.

El control del poder público debe estar dirigido a regularizar la actividad social pero sin interferir en la gestión de la empresa, a tutelar no sólo a los accionistas sino a los mismos controlados.

Malagarriga en su Tratado, pág. 407, dice al respecto: "Hay que aceptar el régimen de las sociedades anónimas, por lo mismo que esta forma de concentración de capitales ejerce una extraordinaria influencia en forma que asegure el contralor de las sociedades por el Estado, aunque sin absorberla ni dominarla, sin matar la iniciativa individual o de grupos, fuente de progreso y perfeccionamiento de la vida".

Formas complejas y articuladas de control de tipo privado pueden ser adoptadas pero esto no excluye para los países de un mayor desarrollo de capital y de una más sofisticada estructura económica, la exigencia de un control publicitario que, aun dejando un amplio margen a la autodisciplina de los intereses y aun abandonando la ilusión de poder prever todo y de poder eliminar cada hecho distorsionante y fraudulento, sepa intervenir con agilidad, celeridad y poder para impedir el fraude, poner fin a comportamientos ilícitos y restablecer el equilibrio comprometido.

DERECHO COMPARADO

Para que el conocimiento de la realidad jurídica sea profundo, es fundamental compararlo con otras realidades. No se trata de citar derecho extranjero sino de aplicar el método de derecho comparado para poder comprender el propio en confrontación con los demás.

ORGANISMO DE CONTROL	EE.UU.(19)(596)	FRANCIA(20)	(597)
	SEC.	COB	CONSOB
	"Security Exchange Comission"	"Comission des Óperations de Bourse"	"Comisión Nacional para las Sociedades la Bolsa"

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ORIGEN	Nace de la crisis estadounidense del año 1929. Es una agencia del Gobierno Federal, es decir, un órgano de la administración pública. (Securities Exchange Act, 1934).	Nace de la voluntad de permitir al mercado financiero y a la Bolsa de París desempeñar un rol internacional. Creada por Ordenanza 67 - 833 del 28 de setiembre de 1967.	Instituida por el proyecto de ley de 8/4/74, N° 95, convertido en ley N° 216, el 7/6/74.
--------	--	---	--

El fin fundamental de todos estos organismos de control es el de garantizar una amplia información del accionista y en general del mercado.

El control por la opinión pública exige información plena. "Ser libre es estar bien informado"(22)(599).

SEC

La ley institutiva representa la piedra fundamental de una legislación que comienza con la "Securities Act" de 1933 y continúa con "Investment Advisers Act" de 1940. Surge para disciplinar la emisión de títulos mobiliarios, el control de su negociación y la vigilancia sobre la bolsa y sobre quien opera en ellas. Su control se extiende sobre los "holdings", sobre los "Investment Trusts" para tutelar a los inversionistas y al público contra cualquier forma de falta de información, de información incompleta, de fraude o de otro comportamiento ilícito.

Es deber de la SEC asegurar una información amplia y leal ("full and fair disclosure") a cualquiera sea el interesado actual o potencial a la inversión.

"Cada uno es libre de jugar al juego que quiera, cada uno es libre de perder o ganar pero las cartas deben estar marcadas"(23)(600).

Fines fundamentales de la SEC

Poner a disposición del público una significativa serie de datos e informaciones, preferentemente de orden financiero concernientes a los títulos a emitir y colocar entre el público, por un lado, y por otro a los entes emitentes.

Prohibir y sancionar civil y penalmente toda falsa representación de la realidad destinadas a influenciar al inversor.

Prohibir y sancionar cada acto fraudulento en la colocación de los títulos. La comisión puede autorizar un título mediante un visto o registración. Esto da al público, una garantía, un aval por parte de la Comisión. Pero en realidad no es así - Roosevelt en el mensaje al Congreso del 29 de marzo de 1933 dijo: "El Gobierno Federal no puede y no debe cumplir ninguna acción que pueda ser interpretada como una aprobación o una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

garantía que los títulos de reciente emisión sean seguros, en el sentido de que su valor quedará constante o que los bienes que ellos representan conseguirán un rédito..." "La finalidad de la legislación que yo sugiero es la de proteger al público, pero con la menor posible interferencia en las honestas contrataciones" (Battaglia lo cita).

Además se advierte en el "prospectus" con letras mayúsculas: "Estos títulos no han sido aprobados ni desaprobados por la SEC, ni tampoco la Comisión ha valorado el esmero y la adecuación del «prospectus». Cada afirmación en contrario constituye delito".

A pesar de todo, la registración constituye una garantía para el público norteamericano .

Atribuciones principales de la SEC

Tiene poderes prácticamente ilimitados para determinar qué informaciones se deben dar y en qué forma (sin que sea un deber verificar la corrección del contenido de las informaciones).

Poder de emitir disposiciones reglamentarias en materia de balances (contenidos, procedimientos, criterios de evaluación, etc.).

Poder para emitir una compleja reglamentación en materia contable.

La SEC se desenvuelve en continua actualización, flexible, adaptando los reglamentos a las nuevas necesidades originadas en la práctica.

COB

Su función es proteger y orientar al ahorro tan estimulados por la campaña de publicidad y educación del público en Francia, con el objeto de dirigirlo hacia la empresa.

Su objetivo es el de hacer de la Plaza de París un centro de inversiones en el mercado financiero internacional. Para ello es necesario:

1) Asegurar la claridad y sinceridad de las informaciones difundidas por las sociedades al público sobre su situación, resultados y marcha de los negocios. Dice el art. 1º de la Ordenanza de 1967: "Es objetivo de la COB controlar las informaciones de los portadores de títulos y del público difundidas por las sociedades que públicamente apelan al ahorro y sobre los valores emitidos de tales sociedades, como también velar por el buen funcionamiento de las bolsas de valores". Es decir, que la COB al igual que la SEC debe controlar la exactitud de las informaciones que dan las sociedades que cotizan en bolsa, verificar y, si se quiere, rectificar los documentos que esas sociedades difunden cuando se produce la emisión pública de los valores mobiliarios y en ocasión de todas las publicaciones periódicas u ocasionales. A tal efecto la Comisión tiene corredores que están facultados para requerir toda la información necesaria para comprobar la veracidad, si las sociedades se negaron a entregar esta información, se aplican severas medidas penales.

La COB tiene absoluta independencia para seguir la política que crea

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

más conveniente y así ha logrado la adhesión de sectores influyentes del mercado bursátil.

2) Organizar la publicidad de ciertas operaciones bursátiles. En esto se diferencia de la SEC ya que tiene amplias facultades relativas a la tutela de las bolsas de valores, con el fin de motivar el ahorro a largo plazo y de movilizar nuevas categorías de ahorristas hacia la inversión accionaria. La COB debe desarrollar sistemas de información perfeccionados cualitativa y cuantitativamente para servir a los accionistas y para abrir el mercado a los inversionistas extranjeros.

a) La acción de la Comisión es desarrollar sistemas de información cualitativamente perfeccionados

El art. 3º de la Ordenanza asigna a la Comisión la misión de supervisar la información suministrada a los titulares de valores mobiliarios por las sociedades cuyos títulos cotizan en bolsa. La COB debe supervisar si las sociedades cumplen con las prescripciones legales y reglamentarias y debe velar por la evolución de los sistemas de información.

Está autorizada a ordenar la rectificación en las publicaciones y puede llevar a conocimiento del público las observaciones que haya hecho a una sociedad.

La COB verifica las modalidades de la información en dos ocasiones:

1) En ocasión de operaciones financieras

Art. 6º y 7º de la Ordenanza y art. 34 de la ley 1970 que se refiere a las sociedades civiles inmobiliarias de capital.

Las sociedades que recurren al ahorro público deben redactar antes de cualquier emisión un documento informativo; es la "nota de información". La Comisión debe aprobarlo mediante una visa que controla su veracidad. Una vez obtenida, las sociedades toman las medidas necesarias para que los documentos tengan "una rápida y pronta difusión".

2) En ocasión de asambleas generales

Al terminar su ejercicio, las sociedades deben publicar un folleto anual, "plaque", que informa sobre su situación y perspectiva; no hay disposición legal que lo reglamente pero la COB lo ha impuesto.

b) La Comisión debe desarrollar sistemas de información cuantitativamente perfeccionados

La COB desarrolla un contacto directo con el público y los pedidos que él haga, particularmente en forma de respuesta a las preguntas de información y de examen a las quejas y reclamos que le llegan. Las quejas son en general de simples accionistas; las preguntas de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

información provienen de sociedades que desean saber si la COB las considera asiduas al ahorro y también de profesionales o estudiantes universitarios. La información debe ser:

a) Periódica

a1) Propiamente dicha

La que se da a los accionistas antes de las asambleas
Comunicaciones especiales a las sociedades que cotizan en bolsa

a2) Ocasional con ciertas operaciones. Por ejemplo, en ocasión de asambleas extraordinarias o de operaciones importantes para la vida de la sociedad cuyos títulos cotizan en bolsa (en la práctica anglosajona la exigen en Stock Exchange y la SEC).

b) Continua

Da la posibilidad al público de frecuentar su curso de documentación. Resulta de las inscripciones en el Registro Público de Comercio y de las disposiciones de la ley de sociedades, cuyo art. 170 prescribe que en cualquier momento cualquier accionista puede solicitar en el domicilio de la administración, la documentación que requiera.

CONSOB

Su fin, dicho en la relación gubernativa pública al proyecto de ley, es "devolver a la inversión accionaria la fe de los ahorristas" y de "reactivar el flujo de los inversores en los sectores productivos" en una perspectiva de uniformar la legislación italiana en tema de controles sobre sociedades y sobre la actividad de la bolsa, a aquella de los países económicamente más avanzados".

Se establece con la CONSOB un control publicitario sobre las sociedades por acciones que cotizan en bolsa.

Este ingreso del control público en las sociedades privadas ha provocado discusiones. Ya estaba previsto el control en el proyecto De Gregorio de 1966 y en el gubernamental de 1967. Se criticaba diciendo que: "El Estado penetra en las haciendas privadas con amplios conocimientos y con grandes medios de presión «lo que» es incompatible con los principios de la iniciativa privada".

Ahora ya no se discute. Para todos es evidente que la bolsa no puede ser la tierra de nadie. Las sociedades exigen una correcta y transparente gestión para que el instrumento accionario cada vez más eficiente pueda justificar las inversiones en una opción capitalista. Mignoli cita en su trabajo citado a Bruno Visentini, quien ha objetado que no es el momento feliz para introducir el instituto de la CONSOB. En contra se ha levantado Minervini: "No es posible que un hombre del nivel de Bruno Visentini no se haya dado cuenta de la necesaria relación entre el problema de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

financiación y el problema del control de la gran empresa accionaria..." Mignoli disiente pues opina que se ha introducido una normativa sin la necesaria cautela y garantía, de independencia del poder económico o político.

Atribuciones de la CONSOB

Determina las normas concernientes a la propia organización y funcionamiento.

Disciplina la gestión de sus gastos.

Tiene derecho a pedir noticias, informaciones y colaboración a todas las administraciones públicas.

Puede exigir la redacción de los balances consolidados por grupos, aun por sectores homogéneos, a las sociedades con acciones cotizadas en bolsa y a los entes que tienen por objeto exclusivo o principal el ejercicio de una actividad mercantil.

Puede poner a disposición del público, datos y noticias necesarias para su información juntamente con resultados del balance, con excepción de aquellos datos cuya divulgación puede perjudicar a las sociedades.

Puede requerir a las sociedades la comunicación aunque sea periódica de datos y noticias.

Puede realizar inspecciones a las sociedades y requerir noticias y aclaraciones de los administradores, síndicos o revisores y de los directores generales, a fin de asegurar la exactitud de los datos y de las noticias comunicadas o publicadas.

Dispone la administración de oficio a las cotizaciones en una o más bolsas de títulos, consultados los administradores de las sociedades y previo parecer de las diputaciones de la bolsa y de las comisiones directivas de los agentes de cambio competentes.

Establece, en el mes de noviembre de cada año, el calendario de bolsa para el año siguiente, único para todas las bolsas de valores, en el cual se establecen los días de cierre, los días de cumplimiento relativo a cada período de liquidación y el horario de los contrataciones.

Determina en líneas generales los tipos de contratos admitidos, los sistemas de cotización, las modalidades de verificación de precios, los importes mínimos negociables en bolsa por cada título cotizado.

Controlar el funcionamiento de cada bolsa y verificar la regularidad y modos de financiación de las operaciones de intermediación y negociación en títulos ya cotizados en bolsa.

Límites de la CONSOB

Es función de la Comisión, como se lee en las relaciones de la Comisión de Finanzas y Tesoro, "la de un órgano de revisión del cumplimiento de las obligaciones de publicidad que son impuestas a las sociedades por ley y no por actos administrativos" y ha subrayado en lo que respecta a la atribución de la CONSOB de prescribir la redacción de los balances

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consolidados de grupo, que "no es enteramente dejado a evaluaciones meramente discrecionales, debiendo estar motivada sobre la base de los balances y de los datos y noticias que la CONSOB está autorizada para pedir y proveerse a través de sus poderes de inspección".

También, "la discrecionalidad de las evaluaciones a ellas demandadas es atemperada por la obligación de consultar a los administradores y por la prescripción contenida en la norma de que deben excluirse divulgaciones que puedan ser perjudiciales para las sociedades".

La CONSOB se propone, para asegurar la tutela del inversor, verificar la veracidad y la exactitud de la información. Para tal finalidad la Comisión está dotada de una amplia facultad cognoscitiva de los actos y hechos concernientes a cada sociedad, facultad cognoscitiva dirigida "al ejercicio del solo poder dispositivo expresamente atribuido a la CONSOB, es decir, del poder de prescribir a las sociedades que sean hechos públicos otros datos y noticias necesarios para la información del público, juntamente con aquellos resultados del balance de las relaciones y eventualmente en presencia de «grupos» que sean redactados balances consolidados" [art. 3º, letras a) y b)]. De este modo el legislador ha conferido, por una parte, poderes a la CONSOB para asegurar la tutela del inversor; y, por otra parte, ha querido evitar toda interferencia en el desenvolvimiento de las relaciones entre la sociedad y los accionistas.

CONTROL DEL PODER PÚBLICO EN LA LEY ARGENTINA(24)(601)

La óptima distinción de las sociedades en abiertas y cerradas es a los efectos del control oficial de sus actos.

Las sociedades incluidas en el art. 299 quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio durante su funcionamiento, disolución y liquidación.

La autoridad de contralor que tiene jurisdicción en la Capital es la INSPECCIÓN GENERAL DE PERSONAS JURÍDICAS.

Es el organismo estatal con funciones de fiscalización sobre sociedades comerciales, asociaciones civiles y fundaciones más antiguo de nuestro país.

Fue creada por ley orgánica N° 18805 de octubre de 1970 y su decreto reglamentario es el 2293/71.

Al respecto dice el mensaje de elevación al Poder Ejecutivo: "El desarrollo económico experimentado en el país en los últimos años aumentó considerablemente el número de sociedades anónimas existentes en jurisdicción nacional acrecentando su incidencia en los intereses generales de la comunidad y de la República. Ello hacía imperativo controlar adecuadamente la actividad formal de las empresas para evitar perjuicios a los intereses públicos, lo cual, a su vez, motivaba la imprescindible adaptación del ente estatal de control a la coyuntura".

El organismo de contralor debía ajustarse para lograr una mayor celeridad y eficiencia en el control.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero la I.G.P.J. no ha logrado la deseada eficacia, no obstante no tener el control permanente de las sociedades anónimas no incluidas en el art. 299 y de las sociedades cooperativas.

ATRIBUCIONES DE LA I.G.P.J.

Debe controlar permanentemente a las sociedades que lo requieran cuando lo soliciten accionistas que representen el 5 % del capital suscrito, cualquier síndico o cuando la autoridad lo estime necesario.

Le corresponde aprobar los reglamentos de los entes sometidos a su control, mientras no sean simples reglamentos internos.

Fiscalizar todas las operaciones que realicen las empresas de capitalización y ahorro y todo pedido de dinero o valores al público con promesas de entrega de bienes, servicios o beneficios futuros.

Puede resolver:

a) Conformar o no el acto constitutivo y reglamentos, sus reformas, variaciones de capital, disolución y liquidación de todas las sociedades por acciones y el programa para la constitución por suscripción pública (L.O. 18805, art. 3° y ley, arts. 167 y 1685;

b) Incluir en el régimen de fiscalización permanente a entidades que no están incluidas en el art. 299 (L.O. 18805, art. 3°, pto. 3.1.4 y ley, art. 301);

c) Autorizar o no las operaciones de capitalización y ahorro, con excepción de actividades comprendidas en los regímenes sobre oferta pública de valores, entidades financieras, seguro y ahorro y préstamo para la vivienda;

Estas actividades que afectan el interés general están específicamente reguladas por leyes especiales y fiscalizadas según sus disposiciones. Los organismos estatales en Capital Federal son: Comisión Nacional de Valores (ley 17811), Superintendencia de Seguros (ley 20091), Caja Nacional de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, Banco Central (ley 18061) .

La Bolsa de Comercio es una asociación de derecho privado que tiene por ley funciones de policía (ley 17811). Además en cada provincia se crea una autoridad de contralor.

Opina Zaldívar que deberían reducirse los entes de fiscalización;

d) Puede aplicar las normas reglamentarias que estime adecuadas sobre las materias que hacen a su misión;

e) Puede convocar a asambleas en los casos previstos en la L.O. art. 4°, pto. 4.4 y la ley, art. 236 in fine;

f) Exigir a las sociedades la inclusión de determinados puntos en el orden del día de las asambleas, en los casos que establece el art. 24 del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

decr. 2293/71;

g) Adoptar medidas para hacer cumplir sus decisiones. Debe acudir a la autoridad judicial para solicitar allanamientos, clausura de locales y pedir el secuestro de libros y documentos;

h) Puede aplicar sanciones: apercibimientos, apercibimientos con publicación, multas a los directores y a la sociedad y en general a toda persona o entidad que no suministre o falsee datos que deba suministrar o no dé cumplimiento a sus obligaciones. Los recursos pueden ser administrativos o judiciales a opción del recurrente: la elección de una vía excluye la otra.

COMISIÓN NACIONAL DE VALORES

Creada por la ley 17811, es una entidad autárquica con jurisdicción en toda la República. Sus funciones se determinan en el art. 6°:

- a) Autorizar la oferta pública de títulos valores;
- b) Establecer normas a las que deben ajustarse las personas físicas y jurídicas autorizadas;
- c) Fiscalizar las bolsas y mercados de valores;
- d) Fiscalizar el cumplimiento de normas legales y reglamentarias en aplicación de la ley.

Tiene amplias facultades de investigación, promover acciones judiciales y aplicar sanciones.

Sus resoluciones son apelables ante la Cámara Nacional en lo Federal que corresponda y en la capital ante la Cámara en lo Comercial.

MERCADO DE VALORES

Conforme a la ley 17811 tiene a su cargo la fiscalización de las sociedades autorizadas a cotizar sus títulos en la bolsa.

Las decisiones son recurribles ante los tribunales ordinarios de 2ª instancia de la jurisdicción.

REGISTRO NACIONAL DE SOCIEDADES POR ACCIONES

Se mencionan por primera vez en la ley orgánica de la I.G.P.J. en su art. 3° al enumerar las funciones de la autoridad de control en jurisdicción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nacional: "organizar y llevar los Registros Nacionales de Sociedades por Acciones, de Sociedades Extranjeras, de Asociaciones Civiles y de Fundaciones". Debe disponerse su funcionamiento pues hace a la seguridad jurídica de las relaciones mercantiles.

La ley 19550 lo prevé en su art. 8°. Pero la ley 19880 postergó su puesta en marcha y, por lo tanto, no hay información sobre cuántas sociedades por acciones funcionan, monto de los capitales y quiénes lo han aportado.

MODALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES EN EL DERECHO POSITIVO ARGENTINO

SIMÓN DRUCAROFF

I. INTRODUCCIÓN

El enfoque de este tema dentro de los moldes clásicos nos llevaría a transitar de nuevo por caminos trillados: las sociedades civiles y los distintos tipos societarios mercantiles, o sea, la repetición de nociones bien conocidas y reiteradamente analizadas en eventos jurídicos, que son las formas consagradas de la empresa en sociedad. Tenemos las sociedades civiles y las comerciales: colectivas, de capital e industria, de responsabilidad limitada, en comandita simple y por acciones, anónima, de economía mixta - poco conocidas - , accidental o en participación - si se le reconoce entidad jurídica y por lo menos como modalidad operativa - y cooperativa. Esta última, si bien es una empresa mercantil; responde a motivaciones peculiares que la impregnan de un fuerte contenido social.

Mientras desde la revolución industrial inglesa el mundo de los negocios experimenta una evolución cada vez más acelerada acorde con la irrupción de nuevos modos del accionar económico, particularmente las formas de expansión y concentración empresaria y con la cambiante realidad políticosocial, el derecho se ha rezagado en la creación de formas jurídicas adecuadas para contener esa nueva realidad(1)(602).

La expansión, ramificación y entrelazamiento de patrimonios, una de las características salientes del accionar económico(2)(603)contemporáneo, hizo trizas, en la práctica, a la vieja teoría del patrimonio, según la cual todo patrimonio tiene un titular y toda persona - de existencia visible o jurídica - tiene un patrimonio y nada más que uno. Esta teoría no se compadece con la necesidad de afectación de bienes a distintas empresas.

Hacia fines del siglo XIX se enunció la teoría de la empresa, como reacción, en buena medida, contra aquella teoría del patrimonio. Pero esta nueva teoría no mereció mayor atención de la doctrina, seguramente porque la práctica encontró en las formas jurídicas societarias - particularmente en las accionarias - el remedio ideal para separar un solo patrimonio en distintas parcelas jurídicamente

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

independientes y para unir a parcialidades de diversos patrimonios con infinitas trabazones(3)(604).

Claro está que el abuso de las formas societarias trajo su reacción con la teoría del allanamiento de la personalidad - "disregard of legal entity" - , por la cual el Estado puso en tela de juicio el axioma aparentemente inmovible de que la sociedad es siempre un sujeto distinto de las personas que la componen(4)(605) y ni siquiera de las personas físicas solamente porque hoy se afirma - con razón - que una persona jurídica en la cual otra persona jurídica posee los medios suficientes - léase votos - para decidir en ella, no es una sociedad en el pleno sentido jurídico del vocablo sino una empresa unipersonal, aunque sean varios los socios(5)(606). Vale decir que el centro de gravedad se está desplazando hacia las palancas de comando, hacia el poder de decisión. Un sujeto de derecho ya no es pluripersonal por el mero hecho de estar constituido por más de una persona - física o jurídica - sino que se requiere que el poder de decisión esté en manos de más de una persona. Tenemos enunciada la cuestión de las sociedades controlantes y controladas y, sin llegar a estos extremos, la etapa intermedia de las sociedades vinculadas. Toda la amplísima gama de las inversiones de unas sociedades en otras.

Pero no es éste el único problema cuando hablamos de las formas jurídicas de la empresa en sociedad. Hay otros, en los que los cambios pueden producirse, como en aquél, a altas velocidades - a veces en una sola jornada de bolsa - , como las uniones de sociedades - permanentes o accidentales - , la creación por una o más sociedades de sociedades nuevas, las escisiones, en fin, un hervidero de desafíos económicos que reclaman soluciones jurídicas y que, al no encontrarlas, toman del derecho positivo las figuras que les parecen más adecuadas, aunque no sean del todo ortodoxas.

Por supuesto que todo ello se da a nivel mundial y es encarado de manera muy diferente según que los centros de decisión se encuentren dentro o fuera del país que debe legislar. Esto es, esencialmente, lo que desde el punto de vista jurídico distingue a los países desarrollados de los llamados en vías de desarrollo.

Desde luego, el Estado no puede permanecer indiferente, atento a que por esos medios se moviliza lo decisivo de la riqueza y al drenaje permanente de esa riqueza hacia donde los centros de poder deciden. Las soluciones jurídicas son muy distintas según que se trate de un país desarrollado o en desarrollo: las diferencias se presentan con esa "extraordinaria agudeza" que señala Felipe de Solá Cañizares(6)(607).

Aparecen entonces los remedios jurídicos para tratar de encauzar ese torrente a veces incontenible(7)(608). Veremos en este trabajo algunos de los que existen en nuestro país, donde la legislación ha estado muy lejos de evolucionar de acuerdo con las necesidades.

Como dice Le Pera: "Estamos asistiendo a una transformación de nuestro derecho privado. Debo insistir en que esta transformación se produce por factores que están más allá de la acción de los juristas;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resultan de una realidad que es inmodificable para éstos porque responde a la evolución de las condiciones y esquemas productivos"(8)(609)

Se dirá que todo este planteo se adapta esencialmente a las "grandes empresas" mientras en nuestro país la pequeña y mediana empresa son todavía altamente significativas.

Es una verdad a medias. La escasa legislación que existe en el mundo - Alemania, Francia, Italia - sobre agrupamiento de empresas muestra una tendencia a ofrecerse a la pequeña y mediana empresa(9)(610). Claro que ésta es aún renuente a las uniones, lo que no significa que las formas jurídicas que vamos a estudiar no pueden serle aplicadas. Pero hay además dos factores que justifican nuestra posición: 1) que las formas jurídicas preferidas por la pequeña y mediana empresa - sociedad colectiva, de responsabilidad limitada y hasta la accionaria, y en menor grado la civil - han merecido y seguirán mereciendo la atención de los juristas y son bien conocidas por el notariado. No podemos decir lo mismo de las modernas formas jurídicas y económicas, como el control de sociedades, la fusión, la escisión, el "holding"(10)(611), el "cártel"(11)(612), las multinacionales, en fin, todo ese mundo en el que las formas jurídicas encubren a los verdaderos centros de decisión; y 2) que la importancia de la pequeña y mediana empresa es grande pero económicamente cuantitativa. Lo decisivo de nuestra economía se canaliza a través de las grandes empresas, llamadas en los últimos años, con razón, "empresas líderes".

El tema, sin embargo, no nos es enteramente nuevo: las empresas multinacionales se estudiaron en las Jornadas Notariales del Cono Sur, Asunción del Paraguay, 1977, y éste que ahora abordamos apunta a la próxima Jornada Notarial Argentina, Paraná, 1978, y al Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, París, 1979.

Este trabajo tiene por objeto enunciar problemas y suscitar inquietudes, más que analizar a fondo los institutos referidos. Daremos un pantallazo sobre nuestra legislación, con vistas a futuros eventos notariales que deberán tratarlos más en profundidad.

II. AGRUPAMIENTOS SOCIETARIOS

En este punto debemos tener en cuenta:

1) Que nada es permanente ni definitivo pues se trata de una materia en pleno estado de experimentación; y

2) Que las formas del accionar empresario son esencialmente económicas, no siempre "puras" y ni siquiera siempre lícitas. De modo que las soluciones jurídicas deben buscarse no sólo en el derecho comercial sino también en otras ramas del derecho (civil, tributario, administrativo y aun penal).

Conceptos aparentemente eternos, como el interés societario o el interés

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de terceros, se ven intensamente ampliados por la teoría de la empresa y por la extensión del concepto de tercero al Estado y aun a la comunidad toda (interés social, utilidad social, etc.).

Todo ello hace difícil y provisoria cualquier clasificación. Con el solo propósito divulgatorio esbozaremos algunas pautas.

Razones de estos agrupamientos

Para Le Pera(12)(613)las razones de la formación de "constelaciones de sociedades" y la consiguiente separación patrimonial entre las distintas explotaciones pueden enunciarse así:

- 1) Búsqueda de una limitación de la responsabilidad;
- 2) Consideraciones fiscales o impositivas;
- 3) Preservación del valor llave de cada una de las empresas agrupadas;
- 4) Consideraciones financieras;
- 5) Manera de acceder al mercado de capitales mediante la participación del pequeño inversionista; y
- 6) Obtención de un mayor control del riesgo político en grupos que operan en diferentes países.

Clases

Según Le Pera(13)(614)se pueden distinguir:

1) Grupos de coordinación o cooperación, en los que no existe influencia dominante de una empresa o sociedad sobre las otras (v.g. "joint venture», sociedad en participación);

2) Grupos de inversión: una sociedad adquiere participación en otras, con fines de rentabilidad. Las empresas tienen distintos objetos y actividades y conservan su autonomía de gestión (v.g. el conglomerado norteamericano);

3) Grupos de subordinación: debe entenderse por tal la sujeción de todas las empresas a una dirección común o unificada.

Se establece preferentemente esta relación de subordinación mediante la participación mayoritaria en el capital y en el derecho de voto. Pero existen también, según el mismo autor, otros mecanismos "que permitan a una empresa decidir qué es lo que otra producirá, cómo lo hará y a quién venderá" (v.g. contratos de agencia, o de distribución con cláusulas de exclusividad, préstamos y otros arreglos financieros, sindicación de acciones, etc.)(14)(615).

Entre otros efectos, esta subordinación suele determinar la desaparición de la pluralidad de socios, que si bien formalmente puede existir, en los hechos la sociedad controlada se maneja por las decisiones de la controlante y sólo por ella(15)(616).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

También se produce la subordinación de la sociedad a los intereses del grupo, lo cual puede afectar - y muy frecuentemente afecta - al interés nacional, cuando se trata de formas de acción monopólicas, nacionales o transnacionales .

Por su parte Escuti(16)(617)distingue con gran nitidez distintos aspectos en la agrupación societaria:

En cuanto a sus caracteres, ésta requiere:

1) Una pluralidad de sujetos de derecho - normalmente sociedades anónimas pero también otros tipos y aun personas físicas - . Puede tratarse realmente de patrimonios diferentes, pero también la pluralidad puede ser meramente formal;

2) Unanimidad de decisión económica, o dirección económico - empresaria unificada.

En cuanto a la metodología de concentración, señala dos procedimientos:

- 1) Control o dominación, obtenidos mediante vínculos de dominación, y
- 2) Colaboración, en que las distintas sociedades mantienen una relativa igualdad pero coordinan su accionar.

A su vez, se llega al control o dominación por dos caminos: a) El interno, mediante la tenencia de participaciones societarias. Señala este autor que no siempre hace falta la titularidad de las acciones, bastando a veces con la mera tenencia, como en el caso de los bancos que son mandatarios de los accionistas cuyos títulos tienen en depósito. Y b) el camino externo, mediante los llamados contratos de empresa como el "know - how", la asistencia técnica, los contratos de agencia, concesión y distribución y el "leasing"(17)(618).

Por su parte, la colaboración se da en forma permanente, a través del contrato de empresa, o temporaria, como en las "joint ventures" y las sociedades accidentales.

Desde el punto de vista de los intereses afectados por los agrupamientos, señala Escuti:

1) El interés público, o sea el del Estado en que actúan. Suele tratarse de agrupaciones poderosísimas que se convierten en auténticos factores de poder, lo que hace necesario controlarlos y encauzarlos (a veces también "encausarlos");

2) El interés de los acreedores de los sujetos integrantes del grupo. En efecto, el accionar de estos grupos puede llevar - y lleva - a maniobras en perjuicio de una de las empresas del grupo pero en beneficio de éste;

3) El interés de los accionistas de las sociedades miembros del agrupamiento. Aquí se plantea el agudo problema de la protección de las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

minorías, que en realidad suelen ser las masas de accionistas - mayorías inorgánicas y dispersas - que sucumben frente a las minorías muy bien organizadas, que a través de la sindicación de acciones y del voto plural dominan fácilmente a las sociedades(18)(619);

4) El interés del grupo como tal; y

5) El interés de cada una de las sociedades miembros de la agrupación(19)(620).

III. DERECHO MERCANTIL ARGENTINO

Veremos las posibilidades de la empresa y sus agrupamientos en nuestro derecho comercial, reiterando la prevención de que el tema está muy lejos de agotarse en esta disciplina jurídica.

Noción de empresa

Nuestra ley de sociedades, N° 19550, recepta la noción de empresa en numerosas disposiciones. Ya el artículo 1º, al declarar que "la producción e intercambio de bienes o servicios" es una finalidad necesaria para que exista sociedad comercial, está consagrando el concepto de la empresa.

Este concepto impregna toda la normativa referente a la conservación, la evolución, el desdoblamiento y la concentración de la sociedad, como también las obligaciones de los administradores en el ejercicio de sus cargos y en sus relaciones con la sociedad(20)(621). Veamos algunos ejemplos:

El art. 100(21)(622), que contiene el principio de conservación de la empresa, es quizás el más espectacular. Pero no lo son menos los artículos 182 a 193 de la ley de concursos, N° 19551, con el principio de continuación de la empresa, de muy frecuente aplicación por nuestros tribunales, en el que el interés de la comunidad y de la fuente de trabajo prevalece sobre el de los acreedores, lo que, en definitiva, correctamente aplicado, puede llevar a la plena satisfacción de todos los intereses en juego.

El artículo 94, inciso 8, de la ley de sociedades, otorga un plazo para recomponer la sociedad reducida a un solo socio. En análogo sentido, el art. 27 otorga plazo para reorganizar o transformar una sociedad en la que ambos cónyuges llegaran a ser socios con responsabilidad ilimitada. O el artículo 140, que permite al comanditario inmiscuirse en la administración en los casos de quiebra, muerte o incapacidad del comanditario y le otorga plazo para reorganizar la sociedad en comandita simple.

Compárense estas normas con el artículo 422 inciso 7º del Código de Comercio, que fulminaba con la disolución a la sociedad colectiva en caso de muerte de un socio cuyo nombre figurase en la razón social, o el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inciso 5º del mismo artículo que dejaba la existencia en manos de la "simple voluntad" de un socio cuyo nombre figurase en la razón social si la sociedad no tenía plazo u objeto determinados, y se verá el abismo que separa ambas leyes en este terreno.

Ciertas nociones, como la lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios (art. 59) y la "prudente administración" (art. 70), tienen inusitadas aplicaciones. Así en este art. 70, las necesidades de una "prudente administración" permiten nada menos que constituir reservas mayores que las legales, lo cual significa repartir menos utilidades a los socios, o no repartirlas, en homenaje a las necesidades de la empresa. Adviértase la diferencia entre este concepto y aquel simplista del lucro inmediato y por el lucro mismo.

No le va en zaga la normativa legal sobre los administradores, y también los socios, donde la ley se ha preocupado de deslindar cuidadosamente los casos de conflicto, o de simple interés contrario, de éstos con la sociedad, decidiéndose siempre en favor de esta última. Los artículos 248, 254, 240, 241, 259, 266, 272 a 279, y podríamos seguir hasta el cansancio.

El artículo 271 extrema los recaudos, hasta fulminar con nulidad absoluta, inconfirmable, ciertos contratos celebrados con la sociedad anónima (extensivo a la comandita por acciones, artículo 316, y a la de responsabilidad limitada, art. 157, 2º párrafo) por sus administradores (y síndicos, art. 298) sin el cumplimiento previo de los requisitos que la norma establece.

En los artículos 70 y 975, por ejemplo, advertimos que las decisiones mayoritarias no bastan por sí solas para convalidar ciertos actos. En el primer caso, las reservas constituidas fuera de las legales, deben ser "razonables" y "responder a una prudente administración". En el segundo caso, la responsabilidad de los directores, gerentes y síndicos (art. 298) respecto de la sociedad no se extingue ("quitus") "si esa responsabilidad es por violación de la ley, del estatuto o reglamento". Ninguna mayoría ni unanimidad serán suficientes para eximir de responsabilidad por la constitución de reservas improcedentes o liberar de responsabilidad a los malos administradores o síndicos.

Son netos casos de prevalencia del interés societario, o de la empresa, que es lo mismo, y aun del interés público, sobre el de los socios.

La colaboración de sociedades

Esta forma de actuación concertada puede utilizarse para la ejecución de una obra cuyas proporciones sobrepasan las posibilidades de una sola sociedad, o bien para la constitución de un grupo económico de alta productividad(22)(623).

El primer supuesto, de colaboración accidental, puede darse por medio del contrato de empresa piloto del derecho francés, en el que varias sociedades acuerdan actuar conjuntamente como locadores de obra y dan poder a una de ellas, llamada sociedad piloto, para actuar ante el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

locatario de la obra. Esta figura es desconocida en nuestro derecho.

También puede actuarse por medio de la sociedad accidental o en participación, que nuestra ley societaria admite (artículos 361 a 366).

Pero esta solución presenta varios inconvenientes:

1) El artículo 30 dispone que las sociedades por acciones sólo pueden formar parte de otras sociedades por acciones. Esto veda, en principio, a las sociedades anónimas y en comandita por acciones constituir sociedades en participación.

2) La sociedad en participación es una sociedad oculta, lo que obliga a que actúe por ella el socio gestor, pero en nombre propio. Ni los terceros tienen acción contra la sociedad en participación o contra sus socios, a menos que el gestor haga conocer los nombres de éstos y con su consentimiento, ni la sociedad o los socios tienen acción contra los terceros.

"Estas características de la sociedad en participación impiden que sea un instrumento idóneo para hacer efectiva la colaboración o cooperación entre sociedades"(23)(624), dice Halperín.

Enseña este autor que la colaboración de sociedades se busca especialmente para obras y servicios públicos y plantea este dilema: si las sociedades se presentan como socias, habrá sociedad de hecho, porque la accidental es oculta; y si la ocultan, la sociedad habrá violado la licitación o concesión.

Por otra parte, si la administración pública aceptara esta situación, habría violado las normas de la licitación en perjuicio de terceros.

En fin, que para estar asociadas, las sociedades licitantes deben acudir al oneroso recurso de constituir una sociedad nueva, que deberá ser por acciones si las fundadoras lo son, con los previsibles gastos e inconvenientes.

Halperín sugiere la celebración de contratos no societarios, adaptados a cada caso concreto, fijando la medida, clase, duración e intensidad de la colaboración, que puede ser remunerada con una participación en la utilidad final que arroje la obra o el servicio (negocio parciario)(24)(625).

Obsérvese cómo este eminentísimo autor no teme acudir a "contratos no societarios", o sea inclusive al derecho civil, que puede darnos soluciones, desde luego imperfectas pero soluciones al fin, para negocios que suelen ser de gran envergadura y gran interés nacional. Una vez más ponemos sobre el tapete la obsolescencia de la separación entre el derecho civil y el comercial(25)(626).

Sociedades controlantes, controladas y vinculadas

Esta importante novedad, que se refiere a la participación de una sociedad en otras, es incorporada por la ley de sociedades en sus artículos 31, 32 y 33. La ley reconoce diversos grados de participación, siguiendo los lineamientos de las leyes 17318, sobre sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria y 18805, sobre organización de la Inspección General de Personas Jurídicas de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nación.

En cuanto al grado de participación, Otaegui(26)(627)distingue cuatro etapas:

1) Participación irrelevante: es la que en una sociedad anónima no alcanza al 2 % del capital, pues sólo a partir de ese porcentaje nacen algunos derechos (artículo 294, incisos 6 y 11), que permiten a los accionistas pedir información al síndico y obligar a éste a investigar denuncias. Aplicable a las comanditas por acciones (art. 316) y a las de responsabilidad limitada de 20 ó más socios (art. 158);

2) Participación minoritaria: es la que confiere el ejercicio de los derechos de la minoría. Vimos qué derechos otorga el 2 %. Una participación del 5 % permite, en las sociedades por acciones, pedir convocatoria a asamblea, artículo 236, y oponerse a la concesión del "quitus" a directores y gerentes, art. 275. Una participación del 10 % permite, en las sociedades por acciones, pedir la distribución parcial de la liquidación, art. 107, y la fiscalización estatal limitada, art. 301, inciso 1. Conforme a las disposiciones de la ley de sociedades sobre contabilidad, si la participación fuese mayor del 5 % y menor del 50 % del capital de la sociedad o de la que participa, se informará sobre el resultado del ejercicio y el patrimonio neto según el último balance general de la sociedad en que se invierte o participa, artículo 65, 2, c;

3) Participación vinculante: conforme al artículo 33, 2° párrafo, esta forma se da cuando una sociedad participe del capital de otras en más del 10%. Desde luego que sin tener los votos necesarios para formar la voluntad social.

Esta vinculación debe reflejarse en la contabilidad de ambas sociedades, como disponen los artículos 63, l b y d, 2, l, a, 4, a, 64, l, b, 8, 65, 1, g, 2, c y 66, 6 y 7.

4) Participación controlante: según el artículo 33, "se consideran sociedades controladas aquellas en que otras sociedades en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada, posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social".

Obsérvese que el criterio legal, acertadamente, se refiere a votos y no a capital, aunque obviamente aquéllos nacen de éste. Se plantean dudas: ¿el número de votos debe ser decisivo teórica o prácticamente? Dicho de otra manera, ¿debe ser el 51% de los votos existentes o de los votos presentes en una asamblea?

La ley no da respuesta concreta. Evidentemente, a diferencia de la vinculación, el control no requiere un número de votos o una mayoría determinados. Un golpe de suerte en una asamblea puede provocar el control de una sociedad por otra, por ejemplo eligiendo un directorio con mayoría adicta a la sociedad controlante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero hay otras formas de lograr el control, a las que se llega por vía contractual, como en el caso del artículo 65, 1, h, que admite "restricciones contractuales para la distribución de ganancias", medio que evidentemente es idóneo para poner el manejo social en manos de terceros. Además, en el mundo de los negocios hay otras formas de dependencia - tecnológica, financiera, etc. - que de hecho colocan a una sociedad bajo el control de otra.

Todo este capítulo de los controles societarios por vía convencional o de hecho es prácticamente ignorado por nuestra ley de sociedades, lo que confirma el aserto de que el derecho mercantil, por sí solo, no puede dar respuesta a todos los problemas que plantea el accionar económico de nuestro tiempo.

La escisión

A primera vista puede parecer una paradoja tratar la escisión como una de las formas de concentración de sociedades. No es así: la aparente desmembración o división de sociedades puede encubrir formas de concentración.

Esto se deduce del artículo 88 de la ley de sociedades, único referido específicamente al tema. Distingue tres supuestos:

- 1) Una sociedad destina parte de su patrimonio a una sociedad existente;
- 2) Una sociedad participa con una sociedad existente en la creación de una nueva sociedad, y
- 3) Una sociedad destina parte de su patrimonio a crear una sociedad nueva.

Salvo el supuesto 3), que llamaremos escisión propiamente dicha, los casos 1) y 2) configuran claros supuestos de concentración de sociedades.

Para esos dos primeros, la ley declara aplicables los requisitos para la fusión, el derecho de receso, las preferencias de los socios y la revocación y rescisión del acuerdo de fusión.

En la tercera hipótesis, se aplican las normas de la fusión en cuanto al compromiso, la publicidad y registración y también las normas sobre derecho de receso y preferencias.

La ley dispone que la rescisión importa la reducción proporcional del capital, por lo que son aplicables las normas pertinentes (arts. 203 y 204). Adviértase la preocupación del legislador por los terceros acreedores y por que se cumpla con la ley de transferencia de fondos de comercio (artículos 83 inciso 2 y 204).

Los socios continúan en la sociedad escindida. Por eso la ley manda que las partes sociales o acciones les sean atribuidas directamente, en proporción a las partes o acciones en la vieja sociedad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Volveremos en seguida sobre varios de estos puntos.

La fusión

Este es el único caso, a nuestro entender, en que la ley societaria regula nítidamente una de las formas típicas de concentración jurídica de empresas(27)(628).

Dice De Solá Cañizares(28)(629)que "desde el punto de vista económico la fusión supone la reunión de varias empresas bajo una sola voluntad, de modo que comprende fenómenos mucho más amplios que los que supone la fusión desde el punto de vista jurídico. Porque para la fusión en un sentido económico basta la unión administrativa o una centralización del poder de dirección". Y agrega: "Como fenómeno jurídico la fusión es un acto de naturaleza corporativa o social en virtud del cual dos o más sociedades mercantiles, previa disolución de alguna o de todas ellas, confunden sus patrimonios y agrupan a sus respectivos socios en una sola sociedad".

El mismo autor fija los siguientes requisitos para la fusión:

- 1) La existencia previa de por lo menos dos sociedades;
- 2) La disolución de por lo menos una de las sociedades que se fusionan;
- 5) La transmisión de por lo menos un patrimonio social;
- 4) La admisión de una de las sociedades de todos los socios de las sociedades que se disuelven, y
- 5) La ausencia de la liquidación de la o las sociedades disueltas.

En la legislación comparada se conocen tres sistemas: a) los que no reglamentan la fusión; b) los que reglamentan la fusión de todos los tipos societarios y c) los que tienen una reglamentación especial para las sociedades por acciones.

Nuestra ley 19550 se inclina decididamente por el segundo grupo, al reglamentar la fusión, como la escisión y la transformación, en la parte general, lo que la hace aplicable a todos los tipos societarios.

El art. 82 dice que hay fusión cuando:

- 1) Dos o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para constituir una nueva (fusión propiamente dicha) o
- 2) Una sociedad existente incorpora a otra u otras que, sin liquidarse, son disueltas (fusión por absorción).

En ambos casos una o ambas sociedades deben disolverse, pues de lo contrario quedarían dos sociedades y no habría fusión jurídica. Las dos modalidades requieren una tramitación interna diferente para su aprobación, según se trate de la sociedad incorporante (se aplican las normas sobre aumento de capital) o de la incorporada (se aplican las normas sobre disolución anticipada), conforme dispone el artículo 244, 4º párrafo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La fusión produce como efecto la transferencia total del o los patrimonios a la sociedad incorporante o a la nueva, por lo que éstas adquieren la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas. Esto marca la diferencia esencial con la transformación, en que una misma sociedad continúa su existencia bajo otra forma jurídica (art. 74), lo que no produce transferencia alguna de patrimonio, hecho de importancia relevante con respecto a la titularidad de los bienes y al tratamiento fiscal del acto.

Los requisitos son regulados prolijamente por el artículo 83, que los establece con carácter imperativo, por lo que ninguno de ellos puede omitirse, y deben cumplirse por orden cronológico:

1) Compromiso de fusión; se adopta en cada sociedad conforme con los requisitos establecidos por la ley según el tipo (artículos 131, 139, 145, 160, 244 in fine, 316). Una vez aprobado por los órganos de ambas sociedades, el compromiso de fusión se otorga por los respectivos representantes legales;

2) Cada sociedad debe preparar su balance a la fecha del acuerdo de fusión. Vale decir, se trata de un balance especial preparado a ese solo efecto. Ello no obsta a que, si la fecha del acuerdo coincide con la del balance del ejercicio anual, éste no pueda ser utilizado como balance de fusión.

La ley no exige un balance consolidado de fusión, es decir, de la nueva sociedad o de la incorporante como resultado de la fusión, lo que ha sido criticado en doctrina y exigido, en el orden nacional, por la Inspección General de Personas Jurídicas (Resolución N° 5/1974, artículo 2, A, 3). En cambio, en la provincia de Buenos Aires, la ley 8671, sobre personas jurídicas y su reglamentación, Resolución 1/77 de la Dirección de Personas Jurídicas(29)(630), han olvidado todo tipo de balance al tratar la fusión.

El balance debe ser puesto, en copias, a disposición de los socios y acreedores sociales, lo que hace conveniente mencionar este hecho en los edictos que se publiquen;

3) La publicidad dispuesta en la ley de transferencia de fondos de comercio. Es decir, por un lado la publicación de edicto en el diario oficial y en un diario de la localidad, conforme a la ley N° 11867. Desde luego que si las sociedades tienen sus domicilios en distintas jurisdicciones y/o localidades, será necesario hacer las publicaciones en los diarios oficiales y/o privados.

Nos parece criticable que la ley no haya sido más estricta, imponiendo publicaciones en uno o más diarios de mayor circulación general en la República, como lo hace en el artículo 237 para las convocatorias a asambleas de sociedades sometidas a fiscalización estatal permanente, siendo la fusión un acto de tan grande trascendencia para los acreedores sociales, el interés público y aun los propios socios, que ni siquiera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pueden enterarse en los casos de sociedades por acciones.

Por otra parte, este tipo de publicidad implica el cumplimiento de las normas de la ley 11867 sobre oposiciones. Así resulta del 2º párrafo del artículo 83, inciso 2, según el cual la fusión no puede realizarse si los acreedores oponentes no son desinteresados o debidamente garantizados, remitiendo cualquier divergencia sobre la garantía a decisión judicial.

Como ya dijimos, el interés público está ausente de la preocupación del legislador, salvo a través del contralor que ejercerá el estado a través del organismo administrativo, en los casos de sociedades por acciones, el que se reducirá a una mera conformación del acto (art. 167). Es decir, faltará el contralor político, de oportunidad, aunque no el judicial, de legalidad (art. 7).

4) Cumplidos los recaudos precedentes, podrá otorgarse el acuerdo definitivo de fusión por los representantes legales de las sociedades, como ya vimos. Su contenido resulta claramente del inciso 3 y exime de comentarios: a) las resoluciones aprobatorias de las sociedades interesadas en la operación; b) nómina de socios que ejerzan el derecho de recesso y capital global que representan; c) nómina de los acreedores oponentes y el monto de sus créditos; d) las bases de ejecución del acuerdo, con cumplimiento de las normas de disolución de cada sociedad, e incluida la especificación clara y concreta de las participaciones sociales que correspondan a los socios de las sociedades que se disuelvan y sus características; e) agregación de los balances especiales referidos en el inciso I;

5) Finalmente, la fusión debe registrarse conforme el art. 77, inc. 5, es decir:

a) En el Registro Público de Comercio con copia de los balances firmados;

b) En los demás registros que correspondan:

I) Por el tipo de sociedad: en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones, cuando se organice (artículo 8). Caben aquí, por analogía, las comunicaciones a los organismos de contralor administrativo, al Banco Central de la República Argentina para las entidades financieras, a la Superintendencia de Seguros de la Nación para las entidades aseguradoras, a las autoridades de Salud Pública para farmacias y establecimientos asistenciales, a las autoridades de Transportes para las empresas de transporte público, etc., etc. Todo ello sin perjuicio de la intervención previa de estas reparticiones, conforme a las normas y jurisdicciones específicas. Lo mismo para las sociedades cooperativas, donde interviene el Instituto Nacional de Acción Cooperativa y la autoridad que corresponda en los casos de determinados objetos;

II) Por la naturaleza de los bienes que integran el patrimonio. La ley se refiere a los bienes registrables. Son bien conocidas por el notariado las disposiciones técnico - registrales números 10/72 y 4/74 de los Registros Inmobiliarios de Capital Federal y Provincia de Buenos Aires,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

como también la resolución número 419/72 del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor;

III) Por sus gravámenes: la ley se refiere a hipotecas, prendas u otros derechos reales, que se inscribirán en los registros que correspondan.

En cuanto a los recaudos estatutarios, el artículo 84 distingue:

a) La fusión propiamente dicha, disponiendo que la nueva sociedad se constituya de acuerdo con las normas legales del tipo. O sea, se cumplirán todas las disposiciones referentes a los sujetos, denominación, domicilio y sede, plazo, objeto, capital, aportes, régimen de administración y representación, relaciones entre los socios, cierre de ejercicio, distribución de ganancias y pérdidas, designación de administradores, representantes, fiscalizadores, etc., etc.

b) La fusión por absorción, que se rige por las normas atinentes a la reforma estatutaria realizada para el cumplimiento del acto. O sea que para reformar el estatuto de la sociedad incorporante basta con el cumplimiento de las precitadas normas sobre fusión, sin requerirse repetición de trámites.

Dispone también el artículo 84 que los administradores de la nueva sociedad o de la incorporante son los representantes necesarios de las sociedades disueltas, cuyos órganos de administración quedan suspendidos hasta el momento de la constitución definitiva de la sociedad o de la ejecución de la incorporación(30)(631).

Con relación al derecho de receso y preferencias de los socios, el artículo 85 remite a los artículos 78 y 79, que no comentaremos por ser materia extraña a este trabajo.

Finalmente, la fusión no es irrevocable. La ley prevé dos situaciones, ambas necesariamente anteriores al otorgamiento definitivo del acto de fusión(31)(632):

1) La revocación: el art. 86 permite dejar sin efecto el compromiso de fusión con recaudos similares a los establecidos para su celebración y sin causar perjuicio a los socios, a las sociedades o a terceros. Vale decir que esta revocación es impugnabile desde dentro y desde fuera de la sociedad, por lo que requerirá un sólido fundamento, ya que las divergencias, para nosotros, deberán dirimirse en última instancia en sede judicial, con la secuela de posibles medidas previas como intervenciones (arts. 113 y siguientes), designación de veedores y otros recaudos.

2) La rescisión: el artículo 87 permite, por "justos motivos", que cualquiera de las sociedades interesadas pueda demandar la rescisión del acuerdo de fusión. Entre paréntesis, la personería de los administradores y representantes de las sociedades disueltas subsiste a este solo efecto (art. 87 in fine).

Los "justos motivos" dan lugar a la más amplia gama de situaciones de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hecho - se nos ocurre, una entre mil, el vicio de la voluntad de los socios de una sociedad que votaron favorablemente la fusión sobre la base de un balance que resultó ser falso (art. 251).

Pero lo que no ofrece dudas es que la acción debe ser judicial - naturalmente, después de agotadas las instancias societarias internas - pues la ley habla no sólo de "demandar" sino además de hacerlo "en la jurisdicción en que se extendió el compromiso de fusión", norma procesal a ser tenida muy en cuenta al instrumentar los actos respectivos.

En todos estos enunciados, hechos con encomiable técnica jurídica por el legislador, volvemos a ver la ausencia del interés público, puesto que la decisión judicial se basará meramente en la legalidad, y no en la oportunidad, conveniencia o inconveniencia de la fusión, ya que no se darán, en la especie, los supuestos del artículo 165 de la ley de concursos N° 19551, y el remedio del artículo 303 de la ley 19550, por el que los organismos administrativos de contralor podrían pedir la revisión de una fusión nociva para la comunidad, carece de sustancia política atento a que debe ejercerse ante autoridad judicial.

CONCLUSIONES

1. La concentración de empresas es una de las características fundamentales del accionar económico contemporáneo. Su extraordinario dinamismo hace difícil todo encasillamiento.

2. A través de la concentración de empresas se moviliza lo decisivo de la producción e intercambio de bienes y servicios, tanto en nuestro país como en el mundo entero. Por eso adquiere importancia relevante el estudio de esta modalidad de las formas jurídicas de la empresa en sociedad.

3. Esta materia empezó a reglamentarse en la legislación comparada en los últimos años. Se contempla en ella sólo algunas de las formas existentes y posibles.

4. En nuestro país el fenómeno de la concentración es legislado por la ley de sociedades, que contempla:

a) La posibilidad de que unas sociedades formen parte de otras, posibilidad que para las sociedades por acciones está limitada a que se asocien entre sí;

b) La participación de unas sociedades en otras, mediante las sociedades controlantes, controladas y vinculadas;

c) La fusión y escisión de sociedades;

d) Las sociedades accidentales o en participación.

Estas últimas, además de sus notorios inconvenientes, están, en principio, vedadas a las sociedades por acciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

5. La orfandad legislativa obliga a buscar soluciones en contratos no societarios, que bien pueden inspirarse en el derecho civil, dando un argumento más en favor de la unificación de los derechos mercantil y civil.

6. El derecho mercantil, por sí solo, no puede dar plena respuesta a los múltiples problemas que plantea la concentración de empresas. Debe acudir también a otras ramas del derecho, como el tributario, civil, administrativo y penal.

7. Dada la extrema importancia económica y política de la concentración de empresas, el poder público debe contar con los medios legales necesarios para regularla y controlarla.

8. El tratamiento legal de las participaciones societarias y de la fusión y escisión ofrece numerosas lagunas que obsta a la efectividad del contralor legal, pues si bien se tiene en cuenta el interés de los acreedores y de los socios, está ausente la defensa del interés público.

Caracteres:

- Pluralidad de sujetos de derecho
 - real
 - formal

- Unidad de decisión empresaria

Metodología de concentración:

- Control o dominación (a través de vínculos de subordinación).
 - por camino interno tenencia de participaciones societarias

 - por camino externo contratos de empresa:
 - "know - how"
 - asistencia técnica
 - cont. de agencia
 - cont. de concesión
 - cont. de distribución
 - "leasing"

Colaboración (relativa igualdad de los miembros).

- Permanente (contratos de empresas)

- Temporaria "joint ventures"
 sociedades accidentales

Intereses que convergen

- público o del Estado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- de los acreedores de los sujetos del grupo
- de los accionistas de las sociedades agrupadas (protección de las minorías)
- del grupo como tal
- social de cada uno de los miembros del grupo

BIBLIOGRAFÍA

- Escuti, Ignacio A. (h). "La concentración de sociedades y la conformación de grupos empresarios" en La Información, t. XXXV, pág. 1051.
- Guyenot, Jean. "Los grupos de interés económico y el derecho de las sociedades comerciales", en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 1975, pág. 189.
- Cohen de Roimiser, Mónica G. "La fusión de sociedades: el fenómeno económico y el instituto jurídico", en Rev. del Der. Com. y de las Oblig. año 1975, pág. 49.
- Laquis, Manuel Antonio. "El caso Swift y la interdependencia económica", nota a fallo, en El Derecho, t. 51, pág. 223.
- Le Pera, Sergio, "Reflexiones sobre el agrupamiento de sociedades en el derecho argentino y comparado", en Derecho Empresario, t. II, I, pág. 673.
- Marzorati, Osvaldo J. (h), "El "leasing" como forma de inversión extranjera" en Rev. del Der. Com. y de las Oblig., año 1973, pág. 715.
- Otaegui, Julio C. "El interés societario y el agrupamiento de empresas", en Derecho Empresario, t. III, pág. 289.
- Halperín, Isaac. "Sociedad Anónima, sociedad en participación y "joint adventure""", en Rev. del Der. Com. y de las Oblig., año 1973, pág. 139.
- Solá Cañizares, Felipe de, Tratado de sociedades por acciones en el derecho comparado, Ed. Tea, Buenos Aires, 1957.
- Villegas, Carlos G., Acciones de voto plural, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973.

INVESTIGACIÓN DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LA FORMA DE LA SOCIEDAD Y SU EFICACIA ECONÓMICA. LIMITACIONES JURÍDICAS Y FISCALES

MARÍA CRISTINA AVENDAÑO y ANTONIO FRANCISCO YOUNG

Entre los motivos que llevan a un grupo de personas a elegir una forma social, surgen como imperativos lograr, entre otras cosas, un beneficio económico, agilidad en el manejo de la empresa, control de sus órganos directivos, fiscalización adecuada, captación de capitales, etc., imperativos que generalmente se tratan de conciliar con otros, como ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la limitación de la responsabilidad, el menor rigor impositivo, la posibilidad de transmitir la calidad de socio, la rapidez en los trámites de constitución, el menor costo, formativo y operativo.

Todas estas pretensiones, asimismo, deberán encajar dentro de las posibilidades de hecho y de derecho, a que ese grupo humano está condicionado.

Estas razones hacen que para responder a la proposición que el tema nos formula consideremos necesario estudiar las distintas restricciones e imposiciones legales que condicionen la forma social a adoptar por la empresa para optimizar el logro de sus fines, teniendo en cuenta los motivos básicos que el legislador consideró causales de tales limitaciones.

Hemos proyectado, en consecuencia, el siguiente esquema:

RESULTANTES DE LA ACTIVIDAD DE LA SOCIEDAD

Sociedades civiles (Cód. Civil, arts. 1649 y sigs.)

Asociaciones civiles

Cooperativas (L. 20337)

Comerciales (L. 19550) .

RESULTANTES DE LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS NACIONAL

Radiodifusión y televisión (D.L. 15460/57, art. 18)

Promoción industrial (L. 20560, art. 16)

Transporte aéreo interno (D.L. 21915/56, art. 8º)

Armadores nacionales (D.L. 5030/69, art. 12)

Inversores extranjeros (L. 21382, art. 16)

Mercados de valores (L. 17811, art. 35)

Entidades financieras (L. 21526, art. 9)

Monopolios (L. 12906/46).

RESULTANTES DE LA CALIDAD O CAPACIDAD DE SUS COMPONENTES

Magistrados civiles y jueces. Clérigos. Corporaciones eclesíásticas (Cód. Com., art. 22)

Militares (L. 13996, art. 5º, inc. 5)

Escribanos (L. 12990, arts. 7º y 8º)

Sociedades entre esposos (L.S., art. 27)

Herederos menores (L.S., art. 20)

Martilleros (L. 20266, art. 15)

Corredores (Cód Com., art. 105)

Agentes de bolsas (L. 17811, art. 44).

RESULTANTES DE RAZONES DE MORALIDAD

Estipulaciones nulas (L.S., art. 13)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Estipulaciones prohibidas (Cód. Civil, arts. 1650 y sigs.)
Referentes al objeto (L. S., arts. 18, 19 y 20).

RESULTANTES DE LA FORMA ADOPTADA

En cuanto a los socios: Responsabilidad limitada: (S.A; S.R.L.; S.C. simples y por accs. Socio comanditario; S. cooperativas; S. de economía mixta; Asoc. civiles con personería jurídica) Responsabilidad subsidiaria (S. colectivas; S.C. simples y por accs. Soc. comanditados; Soc. de capital e industria)

Responsabilidad directa: (Soc. civiles; Soc. accidentales; Soc. irregulares; Asoc. civiles sin pers. jurídica).

En cuanto a las sociedades:

Emisión de debentures (L.S., art. 325)

Socias de otras (L.S., art. 30)

Adjudicación tierras fiscales (D.L. 21915/56, art. 8°)

Auditorías (L.S., art. 985, inc. 1°).

RESULTANTES DEL OBJETO ELEGIDO

Bolsas o mercados de comercio en general (L. 17811, art. 22) Seguros (L. 20091, art. 2°)

Agencias de viajes. Mayoristas (D. 10049/65, art. 19)

Coparticipación naval (L. 20094, art. 183)

Entidades financieras (L. 21526, art. 9°)

Farmacias (L. 17565, art. 14)

Participaciones en otras sociedades (L.S., art. 31).

RESULTANTES DE LA FISCALIZACIÓN ESTATAL

Registración.

Control administrativo (Inspec. Gral. Pers. Jur.; Reg. Inv. Extr.; Bco. Central; Comis. Valores; Superint. de Seg.; Sec. Salud Pública, etc.).

RESULTANTES DE LA FISCALIZACIÓN PRIVADA

Contralor individual (LS., art. 55)

Sindicatura

Simple

Colegiado (Comisión fiscalizadora)

Consejo de Vigilancia.

RESULTANTES DE LA NATURALEZA DEL APORTE

Sólo bienes susceptibles de ejecución forzada: (S.A.; S.R.L.; cuota socio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IMPLICANCIAS IMPOSITIVAS
GRAVAN A LOS SOCIOS

Impuesto a la ganancias: a) Dividendos de S.A. y S.C.A.; b) Utilidades de S.R.L., S.C.S. y S.C.A. cuando beneficiario sea residente en el extranjero; c) Utilidad de cualquier otro tipo Impuesto a los beneficios eventuales

Impuesto a las transferencias de títulos

Valores mobiliarios

Impuesto de sellos (aportes de capital; cesión de cuotas).

GRAVAN A LA SOCIEDAD

Impuesto sobre los capitales

Impuesto de sellos (constitución, aumentos, adjudicaciones) Impuesto a las ganancias (S.A.; S.R.L.; S. en C. simple y por accs.; Asoc. civiles y S. de economía mixta)

Impuesto a las actividades con fines de lucro.

EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO() (633). Un recurso aplicable a la solución de la crisis habitacional*

LUIS CORREA LARGUÍA

SUMARIO

1. La crisis habitacional. - 2. La política inmobiliaria. La función del Estado. - 3. El Fideicomiso Inmobiliario o Dominio Fiduciario. - 4. Una aplicación efectiva. - 5. Nuevas ventajas. - 6. Aplicación de la ley 13512. - 7. Modalidades. - 8. Solución a problemas actuales. 9. La experiencia foránea. - 10. Los Congresos Notariales y el fideicomiso. - 11. Conclusión.

1. LA CRISIS HABITACIONAL

Hablar de la carencia de viviendas que padece nuestro país es referirse a uno de los más agudos problemas que de antigua data inciden negativamente en el contexto social al punto de asumir los caracteres de un mal crónico que persiste sin advertirse hasta ahora una salida satisfactoria, máxime en los difíciles momentos por los que atraviesa la economía de la Nación. Las causas y los factores que han influido para configurar este grave problema socio - económico, así como sus remedios y tratamientos para conjurarlo, han sido materia de numerosos congresos, de expresiones de deseos y declaraciones de entidades