

XIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO SOCIETARIO. MENDOZA
SEPTIEMBRE 2016

TEMA: UNIPERSONALIDAD Y SOCIEDAD.

AUTORES:

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS¹ y LUCIA SPAGNOLO².

TITULO:

“SOCIEDAD Y EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO COMERCIAL”

I.-SINTESIS DE PONENCIA.

1.-A partir de la unificación del derecho privado impuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación existe un nuevo “Derecho Comercial”, cuyo eje es la “empresa”, que subsiste bajo otros parámetros, que se expande en los contratos unificados, en el arbitraje, en la contabilidad y en la registración y que se mantiene incólumne en las leyes complementarias mercantiles.

2.-El nuevo Derecho Comercial profundiza la protección de la “continuación de la empresa” y ésta se constituye en el principio que fundamenta el “fraccionamiento patrimonial” lícito.

3.-En la relación sociedad y empresa, la empresa marca el límite entre la configuración de una sociedad y la existencia de un contrato asociativo atípico, ya que

a) no hay sociedad si no hay una empresa; y

b) no hay contrato asociativo atípico cuando existe una empresa.

II.-FUNDAMENTOS.

1.-EL NUEVO DERECHO COMERCIAL.

El Código de Comercio fue derogado y el nuevo Código Civil y Comercial no regula ni al comerciante ni a los actos de comercio, no hay más registro público “de comercio” ni sociedades “comerciales”, ni el nuevo Código tiene un capítulo especial para el derecho comercial, para el empresario ni para la empresa.

Sin embargo, como ya hemos tenido ocasión de señalar³ el Derecho Comercial subsiste en el nuevo Código con soluciones similares a las anteriores pero como un “Nuevo Derecho Comercial”, bajo otros presupuestos, a saber:

¹ Libertad 567, piso 9º, CABA, cod. C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail emfavierdubois@favierduboisspagnolo.com

² Libertad 567, piso 9º, CABA, cod C1012AAK, Tel. 011-43820973, Mail: lspagnolo@favierduboisspagnolo.com

³ Ver de Favier Dubois, E.M. “Panorama del Derecho Comercial en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Nota introductoria de la obra de texto “Código Civil y Comercial de la Nación”, Edit. Erreius, Bs.As., 2014, pags. 35 a 83; “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo Código Unificado”, La Ley, T. 2015 A, pag.756.

-El “comerciante” fue reemplazado por la persona humana que realiza “actividad económica organizada” o es titular de “una empresa” o de “un establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

-El “acto de comercio” fue desplazado por la “actividad económica organizada”.

-El eje del derecho comercial sigue siendo “la empresa”⁴ con un rol más destacado que el que sin la cuál no hay sociedad, y cuya continuación se procura mediante los mecanismos de tolerancia de la unipersonalidad sobreviviente, efecto no liquidatorio de las nulidades y posibilidad de reactivación societaria si existe viabilidad económica y social de la subsistencia de la actividad (art.100 LGS).

-El derecho mercantil se expande en tanto:

a) En los contratos unificados, la regla es aplicar la solución comercial y la excepción la solución civil, invirtiéndose el sistema anterior, con lo cuál se “comercializa” al derecho civil aplicando soluciones mercantiles específicas tendientes a la celeridad de los negocios, la seguridad y la limitación de riesgos.

b) Se expanden las posibilidades del “arbitraje”, la obligación de rendición de cuentas y la representación negocial, que son instituciones mercantiles típicas.

c) La exigencia de contabilidad obligatoria, propia del derecho mercantil, se extiende a otros sujetos sin fin de lucro y donde no existe recurrencia habitual al crédito.

d) La exigencia de registración mercantil, se extiende a las asociaciones civiles.

-El Derecho mercantil se mantiene incólumne en las leyes complementarias del código de comercio que continúan como leyes complementarias del Código Civil y Comercial de la Nación, entre las que se cuenta la ley de concursos y quiebras que solo registra un impacto indirecto.

Por todo ello corresponde reafirmar la “autonomía” del Derecho Comercial⁵ en el nuevo Código Civil con carácter “científico”, por tener objeto⁶ y principios⁷ propios, la autonomía “legislativa” por la subsistencia de las leyes mercantiles complementarias, y la autonomía “docente”, como derivación de las anteriores.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar las dificultades que se plantean por momentos al intérprete para ubicar la “materia comercial” cuando no ha habido en el texto del nuevo Código un tratamiento “nominalmente” diferenciado.

2.-DEL “ACTO DE COMERCIO” A LA “ACTIVIDAD ECONOMICA ORGANIZADA”

El Derecho Comercial es una “categoría histórica”, aparecida en Occidente a fines de la Edad Media, que implica un proceso constante que ha llevado a la aplicación de una ley especial, diferente a la ley ordinaria o civil, a ciertas personas y/o bajo ciertas situaciones. Para ello el Derecho Comercial está integrado por dos clases de normas: las “delimitativas” y las “prescriptivas”.

⁴ Cabe coincidir con Fargosi que dicho rol fundamental de la empresa no está debidamente reglamentado o exteriorizado en el CCCN como hubiera sido deseable. Ver, Fargosi, Horacio “La empresa y el proyecto de código Civil y Comercial”, LL 2012-F, pag.1361.

⁵ “La autonomía y los contenidos del Derecho Comercial a partir del nuevo Código Unificado”, La Ley, T. 2015 A, pag.756.

⁶ Los sujetos obligados del art. 320 y conc., entre otros.

⁷ Entre otros, el de la continuación de la empresa (ver infra) que se contrapone a la regla “civil” del art.126.-

Las normas “delimitativas” son las que disponen en qué casos se aplica la ley comercial. En el código derogado son ejemplos de ellas las calificaciones como “actos de comercio” (art.8 cod.com.), “comerciante” (art.1º cod.com.), “sociedad comercial” (art.1º ley 19.550) y los presupuestos descriptos por el código de comercio derogado para aplicar la ley comercial a ciertos contratos civiles.

Por su lado, las normas “prescriptivas” son las que disponen cuáles son las consecuencias de aplicar la ley comercial, las que fundamentalmente consistían en la imposición de un “estatuto especial” a los comerciantes consistente en exigencias en materia de “registro mercantil” y “contabilidad legal” (información general sobre sus negocios) y en soluciones diversas para los contratos antes duplicados.

En el nuevo Código Civil y Comercial, si bien se han unificado los contratos, las normas “delimitativas” son los presupuestos para llevar contabilidad obligatoria (y consecuente registro previo), que en las “personas humanas” son quienes “...realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”.

De ello se sigue que el Código, no obstante la unificación anunciada, admite dos categorías de “personas humanas”, una general y otra especial, sujeta a obligaciones contables que, su vez, necesariamente, estarán sujetas también a practicar una inscripción de antecedentes (publicidad).

Esta categoría “especial” está a su vez compuesta por tres clases de personas humanas:

- a) Las que realizan una actividad económica organizada,
- b) Las que son “empresarios”, en el sentido de ser titulares de una empresa y
- c) Las que son titulares de un “establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios”.

De ello resulta que no solo los empresarios integran esta categoría especial de personas humanas obligadas a llevar contabilidad y registro, sino también quienes no siéndolo, realizan una actividad económica organizada que no llega a configurar una empresa, o que solo son titulares de un establecimiento.

Quiere decir que se pasó de una mercantilidad por “interposición en los cambios”, con fin de lucro (acto de comercio), a una mercantilidad donde lo que interesa es “la actividad económica organizada”, en sí, o bajo forma de “empresa” o “establecimiento”.

De todos modos, y como se verá infra, el eje principal es la “empresa”, tal como ocurrió en el año 1942 con el Código Civil Italiano⁸, aún cuando en dicho código se mantuvo una regulación específica y diferenciada para el “empresario” en el libro sobre “Il Lavoro”.

3.-LA EMPRESA EN EL NUEVO DERECHO COMERCIAL.

De la nueva regulación resultante del Código Civil y Comercial y de la Ley General de Sociedades, surgen importantes roles para la “empresa” como son los siguientes:

2.1.-ACENTUACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA EMPRESA.

Debe señalarse que en el nuevo Código la empresa recibe una mayor y especial protección en cuanto a su continuación⁹.

⁸ Fargosi, Horacio “Aspectos de la teoría general del Derecho y ‘actividad’”, en Tratado de la Empresa, Tomo II, A, Directora Ana Piaggi, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2010, pag.520.

Es así que en el texto del CCCN se establecen algunas normas de tutela de la empresa entre las que se destaca la no paralización de las empresas que presten servicios públicos (art. 243), el “pacto de herencia futura” para la continuación de la empresa familiar (art.1010), la posibilidad de indivisión forzosa para su continuación por los herederos por diez años (art. 2330 incisos b y c.) y la atribución preferencial de la empresa en casos de divorcio (art.499) y sucesión (art.2380) a favor de aquellos con vocación de continuarla.

La protección está muy clara en la Ley General de Sociedades (19.550 “remixada” por la ley 26.994) ya que por diversos mecanismos la ley busca impedir que la sociedad se liquide y, por ende, se destruya el valor de la “empresa en marcha”.

Ellos son: la generalización del instituto de la “reactivación societaria” (art. 100 LGS), también legislada para las personas jurídicas privadas (art. 166 CCCN); la derogación de las nulidades liquidativas por “atipicidad” (art.17 LGS); y el hecho de que la unipersonalidad sobreviviente no va a ser causal “expresa” de disolución en ningún tipo social (arts. 94 y 94 bis).

Adicionalmente, cabe destacar que todo el sistema concursal se vincula a dar oportunidad de reestructuración y continuación a la empresa en cesación de pagos¹⁰

Finalmente, a nivel de derecho penal y penal tributario se manifiesta la protección de la continuación de la empresa impidiéndose la sanción de liquidación cuando se trata de empresas útiles.

Al respecto, el art. 304 del Código Penal Argentino, en lo relativo al delito de lavado de dinero, establece sanciones para las sociedades se suspensión total de actividades (inc. 2) y de cancelación de personería (inc.4º), pero en su último párrafo establece que “cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4”.

Similar fórmula presenta el art. 14 de la ley 24.769 en materia de Ley Penal Tributaria.

2.2.-LA EMPRESA COMO LIMITE AL FRACCIONAMIENTO PATRIMONIAL

Otra importante función de la empresa en el Derecho Argentino es marcar el límite del fraccionamiento patrimonial lícito.

En efecto, la posibilidad de que una persona fraccione parte de su patrimonio y lo sustraiga a la acción de sus acreedores, salvo supuestos con fines específicos¹¹, se encuentra condicionada a que cada parte esté destinada a una explotación empresarial. Tal es una exigencia de las sociedades (art. 1º LGS), donde la falta de actividad empresarial podrá dar lugar a la desestimación de la personalidad jurídica por “fin extrasocietario” (art. 54 LGS)¹².

⁹ Ver sobre el valor de la empresa frente al sistema jurídico: Alegría, Héctor “La empresa como valor y el sistema jurídico”, LL 2006-D, pag.1172 y stes.

¹⁰ HEREDIA, Pablo D., Tratado exegético de derecho concursal, t. I, ps. 321 y sigtes., Ed. Abaco, Bs. As., 2000; RIVERA, Julio C., ROITMAN, Horacio y VITOLLO, Daniel Roque, La Ley de Concursos y Quiebras, t. 3, p. 151 y sigtes., Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; GRISPO, Jorge, Tratado sobre la Ley de Concursos y Quiebras, t. I, p. 99 y ss., Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997.

¹¹ Vgr. Afectación de la vivienda (art.244); Fideicomiso con causa legítima (art.1682).

¹² Ver Butty, Enrique M. “Inoponibilidad”, Ponencia al V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, libro de Ponencias, Ed. Advocatus, Córdoba 1992, t.II pag.643; C.N.Com., Sala C, 23-8-06 “Laffont, Jorge c/Yosemite S.A.”, LL 2007-B-804.

Pero, además, cada una de esas partes debe implicar, más allá de su diversa personalidad jurídica, una empresa “autosuficiente”, esto es, que pueda sostenerse económicamente con sus propios recursos.

Tal es lo que resulta del régimen concursal, cuando se prevé la extensión de la quiebra “por confusión patrimonial inescindible” (art. 161 inc.3º ley 24.522), lo que alude, entre otros supuestos, al caso que bajo la forma de varios sujetos legales diferenciados se encubra una única empresa, donde la insolvencia de una parte debe extenderse al todo.

4.-LA RELACION SOCIEDAD Y EMPRESA: LA EMPRESA COMO FRONTERA ENTRE LA “SOCIEDAD” Y EL “CONTRATO ASOCIATIVO”.

El artículo primero de la actual Ley General de Sociedades, establece que “Habrá sociedad si una o más personas, en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas...”

Al haber desaparecido el régimen de las sociedades civiles de los arts. 1648 y siguientes del derogado código civil (ley 340), que no exigía, para que exista sociedad, la “forma organizada”, ni la aplicación de los aportes a “la producción e intercambio de bienes y servicios”, resulta que en el concepto legal actual de la “sociedad” resulta imprescindible el “objeto empresario”, o sea la existencia de una organización para la producción e intercambio de bienes y servicios¹³.

Al respecto, adviértase que los requisitos para que se configure una “empresa” resultan de los elementos exigidos por la ley de sociedades: “organización” (forma organizada) “actividad económica permanente” (objeto y plazo de duración), fin de “lucro” (participación en resultados, reparto de ganancias), direccionamiento al mercado (producción e intercambio de bienes y servicios), profesionalidad (exigencia de diligencia a los administradores y contabilidad) y riesgo empresario (responsabilidades de los socios y disolución por pérdidas).

Por su parte, el art. 1442 del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones generales para los “contratos asociativos”, dispone que éstas se aplican a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, “que no sea sociedad”.

Cabe recordar que la ley 26.994 traslada al cuerpo principal del nuevo Código a los contratos asociativos que estaban en la ley de sociedades y en la ley 26.005, suprimiendo el requisito de que las partes sean empresarios o sociedades.

Estos “contratos asociativos”, están ahora regulados en una suerte de “parte general” por los arts.1442 a 1447 del nuevo código, cuyas características son: tener por objeto la colaboración, la organización o la participación, tener “comunidad de fin” entre sus miembros, no reconocimiento de personalidad ni de naturaleza societaria, libertad de formas, plenos efectos entre las partes, aun en caso que se previera su inscripción y esta no tuviera lugar¹⁴.

¹³ Ver Vítolo, Daniel R. “Reformas a la ley general de sociedades 19.550”, tomo I, Bs.As-Santa Fe, Ed. Rubinzan Culzoni, 2015, pag. 51; Conf. la exigencia del art.324 de la RG 7/15 de la I.G.J. de que los bienes aparezcan afectados al objeto social bajo apercibimiento de iniciar acciones de inoponibilidad. Ver del autor “Reglamentación parcial del Código unificado y definiciones sobre incertidumbres societarias: la resolución general (IGJ) y/2015, en “Nuevas normas de la Inspección General de Justicia RG (IGJ) 7/2015, Ed., Coord. Marcelo Perciavalle, Ed. Erreius, Bs.As., 2015, pag.47 cap.XXVIII.

¹⁴ Richard, Efraín H. “Contratos Asociativos”, Rev.de D.Comercial y de las Obligaciones, nro.270, Enero-Febrero 2015, pag.1.

Vale decir que, por primera vez en derecho argentino, y en una forma que consideramos revolucionaria, se admite en forma amplia y no taxativa la concertación de negocios asociativos sin el riesgo de ser considerados sociedades¹⁵.

Las especies legisladas expresamente, sin ser limitativas, son la del “negocio en participación” (art. 1448), “agrupaciones de colaboración” (art.1453), “uniones transitorias” (art.1463) y “consorcios de cooperación”(art.1470).

Se trata de una gran oportunidad para instrumentar negocios y, en particular, para dar marco legal a las agrupaciones de profesionales que no desean o que no configuran una sociedad con personalidad diferenciada¹⁶.

El gran desafío que presenta la ley es poder diferenciar, en una situación determinada, cuándo nos encontramos ante un negocio asociativo “atípico” y cuando estamos frente a una sociedad simple “de la Sección IV”.

Para ello debemos tener presentes los elementos del negocio “sociedad” que para la doctrina tradicional eran:

a) “pluralidad” de dos o más personas, o sea que debe ser un “contrato” y no puede ser un acto unilateral

b) “aportes en común”, de todos y de cada uno para formar un fondo que permita cumplir un objeto

c) “gestión común”, en el sentido de que cada participante tenga el poder de administrar o, al menos, de designar al administrador y estar interiorizado de la marcha del negocio. Por la ausencia de este requisito el Maestro Jaime Anaya había sostenido en su tesis la no configuración como “sociedad” del negocio accidental o en participación.

d) suerte común, lo que significa que todos ganan o todos pierden en forma proporcional a lo pactado, sin que puedan haber diferentes resultados.

A dichos elementos, la derogación de las sociedades civiles y la subsistencia de las anteriores sociedades “comerciales”, con la exigencia de tener como actividad “en forma organizada” “la producción e intercambio de bienes y servicios” (art. 1º LGS), suma un quinto requisito: e) la explotación empresaria.

En consecuencia, para estructurar o tener por configurado un “contrato asociativo atípico” del art. 1442 del CCCN, que no constituya sociedad ni sea sujeto de derecho, resulta necesaria la ausencia de alguno o algunos de los requisitos referidos.

Vale decir que toda asociación de dos o más personas, con fines de lucro, donde haya aportes para obtener utilidades de su aplicación, pero sin explotar una empresa no será sociedad y quedará subsumida en algunas de las figuras de los “contratos asociativos” no tipificados¹⁷, que en el código son contratos sin personalidad jurídica (arts.1442 a 1478)¹⁸.

¹⁵ Ver“La colaboración empresaria en el Mercosur mediante los Joint Ventures. Aptitud general y riesgo” en “VII Congreso Argentino de D.Societario...”, Edit.La Ley, tomo IV, Bs.As., 1998, pág.64.

¹⁶ Ver “Las sociedades entre profesionales para la prestación de servicios”, La Ley 2012-B, p.837, de Eduardo M. Favier Dubois (p) e hijo.

¹⁷ En los contratos tipificados de “agrupación de colaboración”, “unión transitoria” y de “consorcio de cooperación”, puede haber o no “empresa” sin que puedan considerarse sociedades siempre que cumplan las formalidades y la obligación de inscribirse en el Registro Público.

¹⁸ Que no configuren una “empresa” no significa que no se trate de verdaderos contratos de “colaboración” y no de “cambio”, de la especie de “organización” y no personificados. Ver Richard, Efraín H. op.cit. pag.5.

En definitiva, a partir de la ley 26.994, las sociedades no se denominan más “comerciales” pero deben ser todas “empresarias” y cuando no haya empresa pero existan sus otros elementos se estará ante un “contrato asociativo”.