

**LA LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES, EL ORDEN PÚBLICO Y EL INTERÉS PÚBLICO***Julio César OTAEGUI<sup>1</sup>***I - La naturaleza de la ley de sociedades comerciales**

1 - Hay una difundida opinión consistente en que la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 (LSC) es de orden público o al menos de interés público.

La naturaleza de orden público de la LSC es cuestionable partiendo del supuesto que el orden público es la base esencial de un estado plasmada en su constitución sea esta estatutaria o consuetudinaria.

Así en nuestro caso hay un orden público prescripto en la Constitución fincante en los llamados derechos constitucionales de primera generación o sean los derechos constitucionales generales (Constitución Parte Primera), a los que se sumaron los derechos constitucionales particulares de segunda generación o sean los derechos laborales (C. Nacional art. 14 bis) y los derechos constitucionales de tercer generación o sean los derechos sociales (C. Nacional arts. 41, 42).

Los derechos constitucionales de primera generación son los atinentes a la libertad (CN arts. 14, 15), la propiedad (CN art. 17), la seguridad y la justicia (CN art. 18), y la vida (CN art. 33) sin él que los anteriores carecerían de razón de ser.

Estos derechos son los clásicos derechos naturales del hombre, hoy llamados derechos humanos, de los que la Constitución es la expresión positiva.

A ellos se añade la forma de gobierno representativa, republicana y federal propia de nuestra formación histórica.

No hay aquí mención alguna a un orden público societario aunque las relaciones societarias si bien libradas a la autonomía de la voluntad, deben respetar al orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19).

Es por esto que v.g. son nulas las cláusulas leoninas (LSC art. 3) y la sociedad de objeto torpe (LSC arts. 18/20).

Es por esto que el C. Civil, base del C. de Comercio (C.Com. regla I, art, 207), pone los límites de sus arts. 21 y 953 entre otros.

Diverso es el caso de los derechos constitucionales de segunda generación mantenidos en el art. 14 bis de la reforma de 1957, y los de tercera generación introducidos en la reforma de 1994.

Hay por cierto un orden público laboral y un orden público social pero no hay un orden público societario

Por el contrario hay en la LSC un interés público respecto de la anónima para cuya preservación la LSC regula la fiscalización estatal de dicha sociedad a cargo de una autoridad de contralor (LSC art. 299) facultada para pedir la disolución y liquidación de una anónima por razones de interés público (LSC arts. 301 inc. 2, 303 inc. 3).

---

<sup>1</sup> Esta publicación es la versión autorizada por mi distinguido amigo el Dr. Julio César Otaegui, al decir de él "la base mutatis mutandi de la conferencia en el "VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa y X Congreso Argentino de Derecho Societario" celebrado en La Falda, Córdoba en Octubre de 2007 y de una comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en Diciembre de 2007".

Es evidente que la fiscalización estatal sobre la anónima hace al interés público pero no al orden público.

Así el C. de Comercio de 1890 art. 318 siguiendo al C. Civil de 1871, impuso el régimen de la autorización para la constitución de la anónima y la LSC de 1972 lo cambió por el régimen normativo (LSC art. 167) sin que ello afectara al orden público.

Es palmario v.g. que la incorporación del derecho de voto acumulativo para la anónima en 1972 (LSC art. 263) no alteró el orden público general ni lo alteraría su supresión o modificación.

Empero dentro del ordenamiento societario tanto bajo los Códigos de Comercio de 1862 y de 1890 como según la LSC de 1972, coincidieron y coinciden la anónima que siempre fue una persona distinta de sus miembros (C.Com. 1862 arts. 403, 404, 410; C. Civil 1871 art. 33; C. Com, 1890 art. 314, 315, 316) con las sociedades comerciales clásicas que no eran personas (C.Com. 1862 art. 455, 425; C. Com. 1890 arts. 303, 372) y a las que se agregó la limitada en 1932 (ley 11.645).

En las sociedades comerciales clásicas no hay interés público alguno pero si lo hay en la anónima.

La coexistencia de las sociedades comerciales clásicas con la anónima condujo a que las sociedades comerciales clásicas se personalizaran y que la anónima se contractualizara.

Esto no fue una peculiaridad de nuestro ordenamiento sino una característica del derecho continental.

No ocurrió ello en el derecho norteamericano en él que no se aunó la partnership con la corporation.

En cuanto al derecho inglés se llegó a la solución de la limited company que no es una corporation pero que con sujeción a ciertas reglas y previa registración goza del privilegio de la limitación de responsabilidad de sus socios.

Ello es lo que motiva que el equivalente norteamericano de la anónima se caracterice con la sigla Inc mientras que el inglés se distingue con la sigla Ltd.

La coexistencia de las sociedades comerciales clásicas con la anónima llevó también a que se entendiera que la nota de interés público o de orden público inherente a ésta, es inherente también a aquéllas.

2 - La noción de interés público se infiltró en el régimen societario cuando el Código de Comercio francés de 1807 junto a las sociedades comerciales clásicas sumó una corporación, la sociedad anónima.

En las sociedades comerciales clásicas se actuaba mediante la conjunción de dos contratos: el contrato de sociedad y el contrato de mandato.

Así en la sociedad en nombre colectivo la firma social equivalía a la firma de todos los socios por actuar el socio administrador como mandatario de los demás (C. Com. 1860 art 455; C.Com. 1890 art. 303).

Así en la sociedad en comandita la firma social equivalía a la firma de los socios comanditados por actuar el socio administrador como mandatario de los mismos (C. Com. 1860 art. 425 C.Com. 1890 art. 372).

Por ello la quiebra de la sociedad en nombre colectivo importaba la de todos los socios y la de la sociedad en comandita importaba la quiebra de los socios comanditados.

Por inercia las subquiebras de los socios colectivos y comanditados siguieron procediendo hasta hoy (LC 19.551 art. 164; LCQ 24.522 art. 160) no obstante ser la colectiva y la comandita personas jurídicas (C. Civ. art. 33) o sujetos de derecho (LSC art. 2) distintos de las personas de sus socios.

Junto a estas sociedades comerciales clásicas el C. de Comercio francés de 1807 tuvo la feliz innovación de añadir una corporación destinada al tráfico mercantil.

Como corporación era una persona distinta de sus miembros que no respondían por sus obligaciones, solución semejante a la de nuestro C. Civil art. 39.

Dado que la sumaba a las sociedades comerciales clásicas la denominó *société* pero teniendo en cuenta que no traficaba en nombre de socio alguno, añadió el calificativo de *anonyme*.

El Código francés del siglo XIX tomó la idea de la compañía colonial de los siglos XVII y XVIII destinada a la explotación comercial de las tierras de ultramar, compañía colonial a su vez derivada de la *universitas personarum* o *corporatio* de la Baja Edad Media.

*Universitas personarum* o *corporatio* de la Baja Edad Media a la que se confería la entidad de persona o corporación distinta de sus miembros consecuentemente no responsables por las obligaciones corporativas.

*Universitas personarum* o *corporatio* que se creaba para una finalidad de bien público por lo que requería la autorización del soberano de aquellos tiempos.

*Nulla universitas sine auctoritate episcopi vel principis.*

Por ello la creación de la compañía colonial requería también en cada caso la autorización de la Corona o del Parlamento que establecía su estatuto particular, hoy diríamos de una ley.

Así lo dictaminó Vélez Sarfield cuando antes del C. de Comercio de 1862 fue consultado por el Estado de Buenos Aires ante el pedido de autorización para el establecimiento de una sociedad anónima al estilo del Código francés de 1807 pero sin prever nuestra legislación vigente quien debía autorizar la constitución.

Vélez Sarsfield sostuvo que la autorización debía darse mediante una ley.

El Código francés simplificó el sistema pues estableció por ley un estatuto general para toda *société anonyme* aunque mantuvo la autorización del Consejo de Estado en cada caso para control de la finalidad de bien público.

Esta fue la solución de nuestro C. de Comercio de 1890 art. 318.

El régimen era evidentemente útil para la actividad comercial y se fue adoptando y flexibilizando en ambas costas del Atlántico

En 1811 el Estado de Nueva York con una clara visión industrialista dictó una ley general de incorporación para las compañías manufactureras a las que brindó la condición de *corporatio* o *corporation* mediante la sujeción a determinadas reglas y su mera registración siguiendo una solución similar dada para las fundaciones o *universitas bonorum* a fines del siglo XVIII.

La calificación norteamericana de *corporation* para la sociedad anónima en la versión latina o negocio accionario (*aktiengesellschaft*) en la vía germánica del derecho continental, cunde hoy mundialmente en las prácticas del buen gobierno corporativo que dieron lugar al Decreto Ley Delegado 677/01.

En 1829 España dictó su primer Código de Comercio que fue adoptado por algunas de nuestras

provincias hasta la sanción del Código de 1862.

Dicho Código español redactado por Pedro Sainz de Andino siguió el modelo del Código francés de 1807 pero con importantes modificaciones a saber.:

1-Como España no contaba un Código Civil que regulara las obligaciones y los contratos a los 4 libros del Código francés añadió un quinto libro sobre disposiciones civiles, temperamento este que con variantes fue él de nuestro Código de 1862 lo que al sancionarse el Código Civil en 1871 motivó una doble regulación de contratos mantenida en el Código de Comercio de 1890 y vigente hoy.

2-Mantuvo la carga de inscripción de los contratos societarios mercantiles en el Registro Público de Comercio, solución ya existente en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 por las que se rigió el Consulado de 1797 y en el derecho germánico que Francia recién adoptó en 1919 tras la primer guerra mundial con la incorporación de Alsacia y Lorena.

3-Tal inscripción es fundamental para resguardo del crédito porque la actuación comercial supone el recurso habitual y profesional al crédito (C.Com. art.1) con el consiguiente riesgo para el acreedor.

La actuación mercantil mediante una sociedad implica recurrir al crédito bajo reglas especiales de responsabilidad para los socios, situación que se da a conocer a la plaza mediante la inscripción, inscripción que de no hacerse implica la responsabilidad solidaria de los socios (LSC art. 7).

En materia de anónimas sólo requería autorización real para las compañías que gozaran de alguna concesión o privilegio (C. de Comercio español de 1829 arts. 293/294) con lo que se adelantó a la famosa ley normativa francesa de 1867.

Nuestro primer Código de Comercio de 1862 tiene al respecto una normativa ambigua.

Empero lo cierto es que recién el Código de 1890 se estableció inequívocamente la necesidad de autorización para toda sociedad anónima siguiendo al C. Civil vigente desde 1871 y que la Inspección General de Justicia se organizó en 1893. En Inglaterra tras los grandes escándalos motivados en el siglo XVIII por el régimen de la compañía colonial, la corona y el parlamento eran reacios a dar cartas de incorporación.

A principios del siglo XIX tuvo lugar la railwaymania con el auge de las empresas ferrocarrileras que requerían grandes inversiones.

Ante la carencia de cartas de incorporación que excluyeran la responsabilidad de los socio, se recurrió a contratos en los que los socios requerían crédito advirtiendo que su responsabilidad se limitaba a la integración de sus aportes representados por shares trasmisibles con lo que aparecieron las companies limited by shares no sujetas a control alguno.

Es una solución parecida a la de nuestros proyectos de Código Civil unificado de 1987, 1993 y 1998.

La licitud de tales contratos fué controvertido pero eran convenientes, lo que dio lugar a diversas leyes regulatorias que culminaron en 1862 con la Companies Act que los admitió con sujeción a determinadas pautas y a su registración.

En 1863 Francia suprimió el requisito de la autorización para anónimas que no superaran determinado capital y que llamó société à responsabilité limitée pero que no es la que bajo esta misma denominación reguló en 1919.

Finalmente Francia en 1867 estableció el régimen normativo similar en su esencia al de la

compañía limitada inglesa.

En Norteamérica el Estado de Nueva Jersey en 1875 sancionó una ley que permitió la incorporación de todas las compañías manufactureras o no, ley que fue llamado por esto Mother of corporations.

## II - La cuestión en nuestro derecho

El fenómeno de la infiltración del interés público en todo el ordenamiento societario comercial por la coexistencia de la sociedad comercial clásica con la anónima, se proyectó en nuestra doctrina.

Dicho fenómeno culminó con la LSC de 1972 que personificó a todas las sociedades comerciales siguiendo la reforma del C. Civil de 1967 y adoptó el régimen normativo para la anónima (LSC art. 167) aunque manteniendo del interés público en la misma. (LSC art. 299).

El origen de la anónima conforme a sus antecesoras la compañía colonial y la corporación medieval requería que su creación fuera para satisfacer un interés público.

De allí surgió la doctrina del ultra vires o de la especialidad consistente en que la anónima como persona jurídica sólo podía realizar los actos conducentes a los fines de su institución, criterio plasmado en nuestro C. Civil art. 35.

El derecho comparado se fue alejando de tal doctrina y nuestra LSC de 1972 en su artículo 58 se apartó claramente de la misma al disponer que los representantes de una sociedad obliga a esta por todos los actos que no sean notoriamente extraños a su objeto.

No obstante las ideas del interés público en todo el ordenamiento societario y del ultra vires o de la especialidad caló hondo en sectores ilustrados de nuestra doctrina.

Ello llevó a dos tendencias paradójicamente contradictorias: una ultra regulatoria y otra desregulatoria.

Una tendencia ultra regulatoria consiste en entender que por ser la LSC de orden público o de interés público, todo lo que no está permitido en la misma está prohibido.

Bajo este punto de vista razones de seguridad jurídica, aconsejan reglamentar la LSC.

Esto conduce a una reglamentación casuística de la LSC que se fue acentuando con el tiempo.

Así la Inspección General de Justicia de la Capital Federal en 1980 teniendo a su cargo el Registro Público de Comercio y la fiscalización estatal de la anónima salvo la abierta (ley 22.315?), a los 8 años de la LSC de 1972, dictó la Resolución General 6/1980 con 144 artículos que en 2005 sustituyó por la RG 7/2005 con 464 artículos.

La tendencia desregulatoria considera que es necesario liberar a los negocios societarios mercantiles de un ordenamiento tan detallista e imperativo como incompatible con la permanente evolución del tráfico comercial,

Esto por su parte lleva a instituir negocios asociativos semejantes a sociedades comerciales pero que por disposición legal no son sociedades.

Ejemplos de tal tendencia son: (i) la unión transitoria de empresas prevista en el Título Tercero de la LSC reformada en 1983 sobre contratos de colaboración empresaria; (ii) la normativa sobre negocios asociativos no societarios propuesta con diversos matices en los proyectos de Código Civil

de 1987, 1993 y 1998; (iii) el consorcio de cooperación introducido por la ley 26.005 en el año 2005.

La unión transitoria de empresas (LSC art. 377) tiene grandes semejanzas con la sociedad accidental o en participación (LSC art. 361) pero la ley dispone que no es sociedad aunque a diferencia de la sociedad accidental o en participación dispone que debe inscribirse en el registro público de comercio (LSC art. 380).

Una posición mas avanzada en esta tendencia es la que aboga por la regulación de negocios asociativos que en líneas generales reúnen todos los elementos característicos de una sociedad comercial: el fondo común, la gestión común, el resultado común, y el recurso habitual y profesional al crédito, pero que por prescripción legal no son sociedades ni deben inscribirse en el Registro Público de Comercio.

Ejemplos de esta orientación es el régimen de contratos asociativos postulados en los proyectos de Código Civil de 1987, 1993 y 1998.

Esta orientación permite por cierto una gran flexibilidad y libertad para actuar en el tráfico comercial por vía societaria o cuasisocietaria pero prescinde de un elemento fundamental para resguardo del crédito que es la inscripción en el registro público de comercio.

### **III - La tendencia ultra regulatoria**

Algunas de sus manifestaciones

1 - La pluralidad de socios (LSC art. 1) no basta que sea meramente formal sino que debe ser sustancial a criterio de la IGJ (RG 7/2005 art. 55) aunque la LSC art, 34 admita la licitud del socio aparente o sea la simulación lícita de la pluralidad de socios (C. Civ. art. 957).

Ello es un obstáculo para la anónima unimembre de vigencia generalizada en el derecho comparado.

Para mayor complicación: (i) no está determinada la proporción de la participación sustancial; (ii) en unos supuestos se acepta una participación mínima y en otros no (RG 7/2005 art. 55 in fine)

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

2 - El objeto social debe tener una actividad única aunque se admiten otras actividades si son conexas, accesorias y/complementarias (RG 7/2005 art. 66).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

La LSC admite que el objeto (LSC art. 11 inc.3) incluya actividades (LSC arts. 62-1-b; 64-1-a; 66) sin exigir conexidad, accesoriedad o complementación.

El criterio podría ser admisible en anónimas cerradas de interés público (LSC art. 299 incs. 2/5) pero no en la anónima cerrada privada (LSC art. 301) ni en los otros tipos sociales.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301.

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

Respecto de la anónima abierta cabe recordar que la LSC art. 31 para evitar el desvío del objeto social mediante la toma de participaciones en otras sociedades pone un tope a tales participaciones.

Empero como esto es inconveniente para la estructuración de un grupo la Comisión Nacional de

Valores autoridad de contralor de las anónimas abiertas (LSC art. 299 inc.1, ley 22.169) dispuso que sólo se computarán y a su valor registrado las participaciones en sociedades cuyo objeto social no sea complementario o integrador del objeto social de la sociedad inversora (RG.290 8.1.8.1.12.12., ADLA 1997 C p. 3479).

Es decir que la CNV admite que el objeto social incluya actividades que no sean complementarias o integradoras del mismo en la anónima abierta en la que claramente hay un interés público mientras que la IGV no lo admite en la anónima cerrada en la que es cuestionable la existencia de un interés público.

3 - El capital debe guardar razonable relación con las actividades de la sociedad (RG 7/2005 art. 67).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

La LSC sólo impone a la anónima un monto mínimo de capital legal para reservar dicho tipo a empresas de determinada magnitud (LSC art. 168) aunque el monto actual es absurdo.

Las actividades de una sociedad comercial como las de cualquier comerciante requieren crédito además de los aportes de los socios o sea que actúa con el capital estatutario y con crédito.

El crédito no se logra por la cuantía del capital legal ni del capital estatutario sino por la posibilidad de pagar la deuda con el capital en giro o capital de trabajo (activo corriente menos pasivo corriente) presente o posible, o con el flujo de fondos.

El criterio podría ser admisible en las anónimas cerradas de interés público (LSC art. 299 incs. 2/5) pero no en la anónima cerrada privada (LSC art. 301) ni en los otros tipos sociales.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

4 - Se cancelará la matrícula de la sociedad que no realice operaciones (RG 7/05 art. 186-II-2-b).

Es una exigencia que no resulta de la LSC.

Por el contrario la LSC art. 31 admite la sociedad de inversión.

En la anónima privada cerrada coarta la autonomía de la voluntad allende el LSC art. 301

En los otros tipos sociales coarta la autonomía de la voluntad sin mediar interés público alguno.

5 - Se consideran necesarias cláusulas permisivas en la LSC para posibilitar ciertas reglas útiles que no cabrían sin un permiso expreso.

5.1 - Se autoriza la inclusión de cláusulas arbitrales en los estatutos de las anónimas y contratos de las limitadas (RG 7/2005 art. 74)

Dicha cláusula permisiva es superflua y sólo se justifica partiendo de que todo lo que no está permitido en la LSC está prohibido.

Dicha cláusula permisiva es superflua porque el arbitraje es consustancial con el comercio y en particular con la sociedad comercial.

El C.Com. 1862 art. 511 imponía el arbitraje por jueces arbitradores para las cuestiones entre los socios.

El C.Com. 1890 art. 448 mantuvo la obligatoriedad del arbitraje salvo estipulación en contrario

del contrato social. La LSC no regula el arbitraje ni lo prohíbe.

Por el contrario en la LSC art. 275 admite que la responsabilidad del director y del gerente de una anónima se extinga por transacción resuelta por la asamblea.

El arbitraje y la transacción coinciden en lo esencial o sea en la finalidad de resolver extrajudicialmente un conflicto.

5.2 - Los pactos parasociales son otro ejemplo de como se ha ido acentuando la tendencia que asigna a la LSC el carácter de ley de interés público con la consecuencia de que todo lo que no está permitido en la misma está prohibido..

En 1971 en la Exposición de Motivos de la LSC se señaló que no se consideraba conveniente la inclusión de normas acerca de la legitimidad de la sindicación de acciones por ser un pacto parasocial que no obliga a la sociedad para cuya nulidad o ineficacia bastan las normas generales del derecho v.g. el art. 953 del Código civil.

En 2005 la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales expresa que la regulación de las convenciones parasocietarias propuesta en el Anteproyecto había tenido una buena recepción explicable ya que vino a cubrir una laguna normativa, fuente de inseguridad jurídica por las controversias interpretativas a que dio lugar

5.3 - Otro supuesto del fenómeno de la acentuación de la tendencia ultra regulatoria se da en el caso de los contratos de colaboración empresaria.

En 1983 la reforma de la LSC introdujo los contratos de Agrupación de Colaboración y de la Unión Transitoria de Empresas no considerando necesario aclarar que la regulación de los mismos no obstaba a la celebración de otras suertes de contratos de colaboración empresaria (LSC arts. 367 y ss).

En 2005 el Proyecto de Reforma de la LSC modificó algunos aspectos de la AdeC y de la UTE pero consideró necesario aclarar que la regulación de los mismos no obstaba a la celebración de otras suertes de contratos de colaboración empresaria (Proyecto art. 163).

5.4 - El ejemplo máximo es el relativo a las sociedades constituidas en el exterior o sociedades externas que no deben confundirse con las sociedades extranjeras.

La sociedad externa es la constituida en el exterior a la que se reconoce el derecho de comerciar en el país sin que para ello interese su nacionalidad.

La sociedad extranjera es aquella a la que se atribuye nacionalidad sea para (i) conferirle determinados derechos como v.g. el fuero federal (Const. Nacional art.116 {ex art-100}, ley 48 art.10) o la titularidad de empresas culturales (Ley 25.750); (ii) o imponerle determinadas sanciones como el régimen de la propiedad enemiga (Segunda Guerra Mundial Decreto 11509/46; Guerra de las Malvinas ley 22.591).

El Código de 1862 art. 398 permitía a las sociedades externas actuar en el país cumpliendo con los requisitos propios de las sociedades locales o sea la inscripción en el RPC y quedando en caso de no hacerlo sujetas a las reglas de las sociedades irregulares.

La regla era lógica y no planteó problemas hasta que en el Código de 1890 siguiendo al Código Civil vigente desde 1871 dispuso inequívocamente que todas las anónimas requerían la autorización del Poder Ejecutivo local exceptuando de ello a las que sólo realizaran actos de comercio y no una actividad comercial (C.Com. 1890 art. 285) o sólo establecieran una sucursal (C. Com. 1890 art.



287).

Las restantes anónimas o sean las que venían a realizar una actividad comercial debían obtener la autorización del P.Ejecutivo y estaban sujetas a su fiscalización (C.Com. 1890 art. 286)

En 1897 se atemperó el régimen disponiéndose que sólo estaban sujetas a autorización las que tuvieran en la República su directorio o asamblea o hubieran sido levantados aquí la mayor parte de su capital (C. Com. 1890 art. 286 texto 1897).

En 1912 se aclaró que el establecimiento de una sucursal no precisaba autorización del P. Ejecutivo dadas ciertas condiciones (ley 8.867).

Estas reglas fueron las que dieron lugar en la LSC de 1972 al régimen de la sociedad constituida en el extranjero (LSC arts. 118/124)

Así: (i) los actos de comercio del C. Com. 1890 art. 285 son el antecedente de los actos aislados de la LSC art. 118; (ii) el establecimiento de una sucursal del C. Com. 1890 art. 287 es el antecedente del ejercicio habitual de la LSC art. 118; (iii) y el C. Com. 1890 art. 287 texto 1897 que restringía los casos de anónimas sujetos a autorización del P. Ejecutivo, es el antecedente de la LSC art. 124 aunque ya no rige el sistema de la autorización del C. Com. 1890 art. 318 sino el sistema normativo de la LSC art. 167.

El sistema no implicaba la existencia de interés público en el régimen de la sociedad externa hasta que en 1980 ley 22.315 que reestructuró las funciones de la Inspección General de Justicia, dispuso en su artículo 8 que la IGJ tenía respecto de la sociedad externa la atribución de solicitar judicialmente su disolución y liquidación por razones de interés público conforme a la LSC arts. 301 inc. 2 y 303 inc. 3.

En el panorama descripto apareció un nuevo elemento consistente en sociedades externas inscriptas conforme a la LSC art. 118 y 123 eludiendo la aplicación de la LSC art. 124.

Dichas sociedades externas se estructuran generalmente conforme a legislaciones que brindan tratamientos fiscales benévolos a condición que la actividad de las mismas se desarrolle fuera del país de su constitución.

Es el caso de las llamadas off shore v.g. las sociedades uruguayas de la ley 11.073 o de otros paraísos fiscales.

Esta situación motivó la IGJRG N° 7/2003 conforme la cual las sociedades constituidas en el extranjero que soliciten su inscripción en el RPC a los fines de la LSC art. 118 párrafo tercero o sea "Ejercicio habitual" y de la LSC art. 123 debían informar si se hallaban alcanzadas por prohibiciones o restricciones legales para desarrollar en su lugar de origen todas sus actividades o la principal o principales de ellas.

Resulta claro que lo que se procuraba es evitar la violación de la LSC art. 124.

Concordantemente : (i) La IGJ denegaría la inscripción de la sociedades que no cumplan con los extremos de acreditación de activos (IGJRG N° 7/2003 art.2); (ii) los representantes de las sociedades inscriptas según la LSC art.123 debían acreditar el cumplimiento de las Resoluciones de la AFIP (IGJRG N° 7/2003 art.4); (iii) La IGJ podría requerir a las sociedades inscriptas la adecuación de los estatutos o contrato conforme a la LSC art. 124 y en caso de incumplimiento solicitar por vía judicial la cancelación de la inscripción de la sociedad (RG 7/2003 art.6); (iv) La IGJ no inscribiría los instrumentos correspondientes a asambleas o reuniones de socios en los que hubiera votado una

sociedad externa no inscrita conforme a la LS art. 123 siempre que los votos emitidos por si o en concurrencia con los de otros participantes, hayan sido determinantes para la formación de la voluntad social (RG 7/2003 art.8) lo que fué ampliado mediante la IGRG N° 9/2005; (v) La solución antedicha se aplica a las "sociedades vehículo" de la IGJRG N° 22/2004 cuyos controlantes se hallaren en infracción.

La RG 7/2003 y sus complementarias cuyas soluciones se mantienen en la IGJRG N° 7/05 "A" arts. 188 inc.3/194 y ss. y en la IGJRG N° 12/05 merecen los siguientes comentarios:

Se ajusta a derecho el requerimiento de información tendiente a evitar el incumplimiento de la LSC art. 124 así como la denegatoria de inscripción o el pedido de cancelación judicial de la inscripción.

Es obvio que una sociedad externa que no puede realizar su principal objeto en su país y que viene a operar aquí es porque aquí realizará su principal objeto siendo aplicable en consecuencia la LSC art.124.

Es cuestionable la exigencia de la acreditación del cumplimiento de las resoluciones de la AFIP para las sociedades inscritas.

Es cierto que el CCom. art.29 dispone que la inscripción en el Registro será ordenada siempre que no haya motivo para dudar que el peticionante goza del crédito y probidad que deben caracterizar a un comerciante de su clase lo que obviamente incluye el cumplimiento con el Fisco.

Es cierto que la LSC art.167 prescribe que el contrato constitutivo (de la anónima) será presentado ante la autoridad de contralor para verificar el cumplimiento de los requisitos legales y fiscales.

Empero todo ello se refiere al pedido de matriculación y al pedido de inscripción de contratos constitutivos de una anónima y obviamente de sus modificaciones, pero no a la conducta o inconducta tributaria del comerciante matriculado o de la sociedad inscrita.

La conducta fiscal de las sociedades inscritas es ajena a la competencia de la IGJ conforme a la ley 22.315.

La inconducta fiscal de las sociedades inscritas incumbe a la ley de procedimiento tributario 11.683 y a la ley penal tributaria 24.769.

Es cuestionable que la IGJ aprecie con criterio restrictivo la inscripción de sociedades creadas en jurisdicciones de baja o nula tributación aunque tal legislación no establezca prohibiciones o restricciones de actuación en su propio territorio (IGJRG N° 7/05 "A° art. 192).

Esto es cuestionable porque: (i) nada tiene que hacer la tributación del país de origen con la LSC art. 124; ii) la política fiscal no es de incumbencia de la IGJ.

Es cuestionable que el temperamento anterior se aplique a sociedades externas constituídas en jurisdicciones que aunque no fueren consideradas de baja o nula tributación sean consideradas como jurisdicciones no colaboradoras en la lucha contra el lavado de dinero o el crimen internacional (IGJRG N° 7/05 art. 192).

Esto es cuestionable porque: (i) la política penal no es de incumbencia de la IGJ; (ii) de mediar un delito el funcionario que lo conozca en ejercicio de sus funciones deber denunciarlo (CPPN art.177 inc.1).

Es cuestionable la denegatoria de inscripción de acuerdos assemblearios en los que haya

participado una sociedad externa no inscripta.

La presunta conducta de la sociedad participante no puede imputarse a la sociedad participada porque ello implicaría una desestimación descendente de la personalidad de la participante achacando a la participada la seudotorpeza de aquella, lo que sólo podría tener lugar mediante el debido proceso (CN art. 18).

La presunta conducta de la sociedad participante sólo generaría para la misma: (i) la responsabilidad solidaria por los daños causados (CCom regla I, art.207, CCiv arts. 1072/1081); (ii) la responsabilidad del socio oculto (LSC art.34).

A su vez la IGJRG N° 7/05 "A" "Actos Aislados" arts. 229/236 en cuanto mantiene las soluciones de la IGJRG N° 8/2003 sobre la adquisición de bienes inmuebles por sociedades constituidas en el extranjero para determinar si tal actuación encuadra en la LSC art.118 "ejercicio habitual" o en la LSC art. 124, es cuestionable por los siguientes motivos.

Con referencia a la LSC art.118 "ejercicio habitual" cabe tener en cuenta que:

1) Las operaciones sobre inmuebles son ajenas al comercio (C. Com. art. 452 inc. 1) por lo que no afectan al crédito mercantil no siendo comerciante quien las realiza.

Una excepción podría darse si la sociedad externa tuviera por objeto el tráfico inmobiliario y adquiriera o enajenara inmuebles en el país.

Empero aunque así fuera no corresponder a exigir la inscripción de dicha sociedad porque ello es una carga y no una obligación.

Las consecuencias del incumplimiento de la carga serían las responsabilidades de la sociedad informal (LSC art. 21/26).

Respecto a la LSC art. 124 cabe tener en cuenta que:

1) Si la sociedad externa legitimara activos de origen ilícito (Ley 25.246) o hiciera indebido uso de la planificación fiscal internacional con finalidades de evasión o elusión lesivas del ordenamiento y la soberanía tributarios argentinos (Ley 24.769), procedería la denuncia penal pertinente (CPPN art. 177).

2) La IGJ como autoridad de contralor (Ley 22.315 art.8) podría demandar judicialmente la liquidación de los bienes de dicha sociedad existentes en el país por razones de interés público (arg. LCQ 24.522 art.2 inc.2).

Hasta aquí lo que se ha visto consiste en que por razones de soberanía y control, cabe considerar que la inscripción para la sociedad externa es una obligación cuyo incumplimiento lleva a que la IGJ demande judicialmente la liquidación de sus bienes u operaciones o la disolución y liquidación.

Empero hay opiniones que van allende desconociendo la legitimación activa de la sociedad externa no inscripta para actuar en juicio.

Así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala F el 05.06.2003 en el controvertido fallo "Rolyfar SA c. Confecciones Poza SA s/ ejecución hipotecaria (ED T.203 p. 415 nro. 52.181) admitió la excepción de inhabilidad de título opuesta en una ejecución hipotecaria a la cesionaria de una sociedad extranjero no inscripta.

La Corte Suprema (ED T.209 p.136 nro. 52912) dejó sin efecto el pronunciamiento.

Cabe resaltar que la Corte Suprema no fundó su decisorio en la LSC art.118 "Actos aislados" sino

en el CPCC art.544.

Así el Proyecto de la Ley de Reforma de Sociedades Comerciales de 2005 redactado por los profesores Jaime L. Anaya, Raúl A. Etcheverry y Salvador D. Bergel en: (i) sus artículo 118 y 119 dispone que el incumplimiento por una sociedad constituida en el extranjero de la inscripción en el Registro Público de Comercio torna inoponible el acto constitutivo con relación a los actos cumplidos en la República. Mientras subsista el incumplimiento no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República. Por esos actos o hechos que preceden a la inscripción responden solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad"; (ii) en su artículo 123 que la sociedad constituida en el exterior mientras no se haya inscripto para participar en una sociedad local no podrá ejercer los derechos de socio en la sociedad participada; (iii) en su artículo 124 que la sociedad constituida en el extranjero con sede u objeto principal en la República será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento, En tanto se mantenga el incumplimiento, serán de aplicación los efectos establecidos por el artículo 119"

En suma se trata de una opción legislativa.

O se mantiene para la sociedad externa la inscripción como carga, tal como para las sociedades internas, con la consecuencia de la responsabilidad solidaria de socios y representantes por las obligaciones sociales (LSC art.23) en caso de incumplimiento.

O se impone a la sociedad externa la inscripción como obligación con las consecuencias en caso de incumplimiento que: (i) no podrá ejercer contra terceros derechos fundados en hechos o actos realizados en la República; (ii) sólo responderán ante terceros solidariamente quienes hayan actuado en nombre de la sociedad, pero no los socios

La primera solución cuadra más con la razón de ser de la inscripción comercial y no obsta a la aplicación en su caso de la Ley 22.315 art. 8. de la LSC arts.18/19, 301 inc.2, 303 inc.3 y de las leyes penales.

#### **IV - La tendencia desregulatoria**

Algunas de sus manifestaciones

Singularmente la misma nota institucional que dio pie a la tendencia ultraregulatoria fue la que abrió camino a la tendencia desregulatoria.

1 - La tendencia desregulatoria se desarrolló en un proceso evolutivo generado por el art. 30 de la LSC.

En la misma medida que en la anónima hay un interés público, para preservar la tutela de ese interés público que prescribió en el LSC art.30 de 1972 que las sociedades por acciones solo pueden formar parte de sociedades por acciones.

Pocos años después estalló la crisis del petróleo con la creación de Organización de los Países Exportadores de Petróleo.

Esto generó el interés para ubicar petróleo en países ajenos a la OPEP y entre ellos la Argentina.

Como el negocio petrolero es un negocio de gran envergadura se suele utilizar para el mismo el unincorporated joint venture norteamericano en una versión muy parecida a la de nuestra sociedad accidental o en participación (LSC art. 361).

Empero el LSC art. 30 era un grave obstáculo incrementado por el LSC art. 386 inc. h que sanciona el incumplimiento con la irregularidad (LSC art. 21) de las sociedades intervinientes aunque atenuado por la jurisprudencia no quitó inseguridad al negocio.

Para suprimir el obstáculo del art.30 en 1978 se sancionó la ley 21.778 que excluyó de la aplicación de dicho artículo en los contratos petroleros (ley 21.778 art.8).

Este fue un precedente que llevó a generalizar la solución respecto de otros negocios.

Así en la reforma de 1983 se introdujo la unión transitoria de empresas con las características que ya hemos dicho.

La UTE tiene a su vez una gran similitud con el consórcio brasileño (Ley brasileña de sociedades por acciones 6404/976 art. 278 mantenida en el Código Civil brasileño ley 10.406/2002 art. de 2002 art. 1089).

Empero el consórcio brasileño tiene una finalidad distinta de la del LSC art. 30, pues apunta a diferenciar al consorcio del grupo de sociedades regulado en la ley 6404 art. 265 y ss.

2 - De allí en más tomo cuerpo la idea de flexibilizar el ordenamiento societario y a la misma se sumó una vexata questio, la de la unificación de los Códigos Civil y de Comercio ya planteada en el primer Congreso de Derecho Comercial de 1940.

Las comisiones de distinguidísimos juristas redactores de los Proyectos de Unificación, él de 1987 devenido en la Ley 23.042 vetada por decreto 2719/91, los dos de 1993 y él de 1998, muchos participantes en varias de ellas, abogaron por un nuevo sistema que permita coparticipar en una actividad comercial sin responsabilidad ante terceros y prescindiendo de inscripción alguna, aunque con distintas variantes.

Por razón de brevedad se abordará el último Proyecto de 1998.

En el mismo se propuso un régimen de contratos asociativos aplicables al comercio pero que no son sujetos de derecho ni les caben las normas sobre la sociedad (art. 1333) y son informales (art. 1336) o sea que están exentos del LSC art.30 y de la inscripción del LSC art.7; (ii) la calificación de contrato asociativo a cargo de los socios lo que excluye la invocación de sociedad entre los contratantes y respecto de los terceros conocedores del contrato, siendo presunción contraria a la existencia de sociedad para los terceros cuyos vínculos sean posteriores a la fecha cierta del contrato (art. 1335), solución ésta cuestionable; (iii) un contrato asociativo denominado negocio en participación (art. 1338) similar a la actual sociedad accidental o en participación (LSC art. 361) que se deroga (Anexo II Legislación complementaria art. 14) pero mientras ésta tiene por objeto una o mas operaciones determinadas y transitorias el objeto de aquélla es la realización de operaciones determinadas

A la corriente doctrinaria anterior se sumaron las Comisiones de destacadísimos juristas redactoras de los Proyectos de reforma de la LSC.

El Proyecto de 1993 de la Comisión designada por resolución MJ 465/91 para la reforma de la LSC sugirió: (i) la supresión del régimen de las sociedades no constituidas regularmente; (ii) la adopción de un sistema de negocios en participación aplicables al comercio (art. 339) pero informales (art. 343) y en los que puede haber partícipes irresponsables ante terceros (art. 348, 349); (ii) la modificación del art. 30 vedando a las anónimas y en comandita por acciones formar parte de sociedades colectivas ni de capital e industria ni ser socios comanditados.

El Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales ya mencionado elevado a consideración del Sr. Ministro de Justicia en Abril 2005, aconsejó:

1) La oponibilidad de las cláusulas de los contratos de sociedad no escritos o no inscriptos a los terceros si se prueba que estos lo conocieron efectivamente al tiempo del nacimiento de relaciones jurídicas disponibles por la autonomía privada (art. 23); esta solución es similar a la del Proyecto 1998 art. 1335 y motiva los mismos cuestionamientos.

2) La supresión del último párrafo del actual art.34 que dispone La responsabilidad del socio oculto es ilimitada y solidaria en la forma establecida en el artículo 125.

Todas estas propuestas alteran el régimen de publicidad de la sociedad comercial que tiene gran relevancia.

Tiene gran relevancia porque comerciar en sociedad implica comerciar indirectamente actuando bajo reglas de responsabilidad diferentes de las aplicables de comerciar directamente.

Quien comercia directamente recurre al crédito respondiendo por las obligaciones contraídas conforme al C.Civil art. 1197.

Quien comercia indirectamente vía societaria responderá por las obligaciones contraídas conforme a las reglas del tipo social operante.

Para que dichas reglas sean oponibles a terceros, las mismas deben tener adecuada publicidad y esto es lo que justifica la necesidad de la registración de las escrituras de sociedad tal como dispuso el C. Com. español de 1829 arts. 22 y 28, adoptó nuestro C. Com. de 1862 arts 47 y 52 lo que mantuvo la reforma de 1890 arts. 38 y 41 y hoy perdura en la LSC arts. 7, 21 y concs.

La falta de la inscripción del contrato constitutivo lleva a la responsabilidad solidaria directa de los socios sin poder invocar el beneficio de excusión de los bienes sociales ni las limitaciones que se funden en el contrato social (LSC art. 23).

No ocurre lo mismo con la sociedad accidental o en participación que no requiere inscripción (LSC art. 361) y en que solo responden ante terceros el socio o los socios gestores solidariamente (LSC art. 362).

La solución es congruente porque el objeto de dicha sociedad es la realización de una o mas operaciones determinadas y transitorias (LSC art. 361) o sea que no hace del comercio su profesión habitual (C. Com. art.1).

Por ende la sociedad accidental o en participación no recurre habitualmente al crédito y en consecuencia sería superfluo requerirle inscripción.

Lo anterior va dicho sin olvidar la controversia doctrinaria sobre su regulación en el C. Com. 1890.

Otro tanto sucede con la sociedad civil (C. Civil art. 1648) pues de por sí es ajena al comercio maguer puede adoptar un tipo comercial (LSC art. 1) y cuyos socios responden ante terceros virilmente y no solidariamente salvo pacto en contrario (C. Civil art.1747) aunque deben cubrir la cuota de los insolventes (C. Civil arts. 1751, 1731).

El recaudo de inscripción de la sociedad comercial para que sus limitaciones respecto de la responsabilidad de los socios sean oponibles a terceros (LSC art. 23), se complementa con la responsabilidad solidaria del socio oculto (LSC art. 34).

De poco serviría el régimen de responsabilidad de la sociedad no inscripta si una sociedad inscripta contara con socios ocultos que comercian indirectamente sociedad mediante pero sin responder como si se tratara de una sociedad accidental o en participación (LSC art. 363).

Quizás fuera mejor suprimir o modificar el LSC art. 30 causa fuente de las iniciativas mencionadas.

## V - Conclusiones

Sería conveniente reconsiderar la LSC de acuerdo a las siguientes pautas:

1 - Una mayor apertura a la autonomía de la voluntad con resguardo del orden y la moral pública (Constitución Nacional art. 19) y una menor regulación respecto de las Disposiciones Generales (Capítulo I de la LSC) y de las sociedades personalistas (Capítulo II De las sociedades en particular, Secciones I, II, III y IV).

2 - Distinguir entre la anónima cerrada privada (LSC art, 300) la anónima cerrada pública (LSC art. 299 incs. 2/6) y la anónima abierta (LSC art. 299 inc. 1, Decreto Ley Delegado 677/01).

Respecto de la anónima cerrada privada utilizar igual temperamento que el propuesto para las sociedades personalistas, por estar aplicada a negocios privados en los que no hay interés público alguno estando muy difundida.

Respecto de la anónima cerrada pública, mantener el régimen actual por ser de interés público: (i) el monto máximo del capital de una anónima cuestión ya planteada bajo el régimen de la autorización (Corte Suprema integrada por los ministros Roberto Repetto, Antonio Sagarna, Francisco Ramos Mejía y Tomás Casares, "Standard Oil Co S.A. v/Gobierno Nacional, 07.12.1945. J.A. 1946-I p. 712 n° 5706), y que reitera la Ley de Defensa de la Competencia 25.156 art.8; (ii) las sociedades de economía mixta o las comprendidas en la Sección VI; (iii) las operaciones previstas en el LSC art. 299 incs. 4 y 5 salvo las sujetas a ordenamientos especiales para evitar trámites superfluos.

Respecto de la anónima abierta: (i) conciliar con nuestro régimen de estructura de la anónima con las prácticas del gobierno corporativo propias de la estructura de la corporation norteamericana, lo que es ineludible para no cerrar el paso a inversores institucionales; (ii) ubicar dicho régimen en una Sección del Capítulo II de la LSC tal como se hace en la Sección VI atinente a la Sociedad anónima con participación estatal mayoritaria.

3 - Mantener el Capítulo III de la LSC sobre los contratos de colaboración empresaria con: (i) la supresión o modificación del LSC art. 30 y de la negación de su condición de sociedad y de sujeto de derecho incongruente en la UTE (LSC art. 377) dada su semejanza con la sociedad accidental o en participación que es una sociedad pero no un sujeto de derecho(LSC art. 361) y superflua en la AdeC (LSC art. 377) que por su finalidad desinteresada (LSC art. 368) es una asociación y no una sociedad; (ii) la aplicación de las pautas propuestas para las sociedades personalistas.

4 - La LSC tendría que completarse con:

1) Un régimen sancionatorio contravencional o infraccional tal como propone el Proyecto de modificación de la LSC de 2005, régimen a cargo de la justicia comercial tal como fue la calificación de conducta falencial que ejerció una función preventiva innegable.

2) Un régimen sancionatorio penal renovado debiendo analizarse la conveniencia de la multiplicidad de fueros.