

De aciertos y errores; de incorporaciones y olvidos. Las sociedades comerciales en el Nuevo Código Civil y Comercial.

(www.abogados.com.ar)

Por Jaime Roig (*)

I. Introducción

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina (en adelante, el "Código") ha despertado el análisis, la crítica, el comentario, la aprobación y detracción en numerosos sectores de la población argentina. Se han alzado voces a favor y en contra, con razón, ya que el Código presenta muchos aciertos, errores, incorporaciones, olvidos... Nos proponemos avanzar en un breve análisis sobre su incidencia en el derecho societario argentino.

II. Nueva redacción

El Código ha sido aprobado por la ley 26994, promulgada el 1ro de octubre de 2014, publicada el 8 de octubre de 2014 (en adelante, la "Ley") y entrará en vigencia el 1ro de enero de 2016.

En la nueva redacción del Código, las sociedades comerciales están reguladas en la sección III, del capítulo primero, del título II, referido a la Persona Jurídica.

III. Aciertos

3.1. Principio de inconfundibilidad: el Código establece que la persona jurídica debe tener un nombre que la individualice y, a diferencia de la LS que en su artículo 10 solo requiere

que se identifique con su denominación o razón social, pone énfasis en la aptitud distintiva de la denominación con respecto a otros nombres y marcas.

El Código relaciona a la LS con la ley 22362 de Marcas y Designaciones, algo que, hasta ahora, la jurisprudencia y la práctica profesional habían hecho correr por carriles separados.

Constituye un acierto del legislador la defensa del principio de inconfundibilidad, que desecha las similitudes en significado, sonoridad, grafía y fonética entre denominaciones de sociedades y marcas, sin perjuicio de que deberán adoptarse los recaudos necesarios a los efectos de lograr la coordinación entre los organismos administrativos intervinientes, ya que se inscriben en dependencias distintas: será muy fácil para el organismo de control societario impedir la inscripción de un nombre reconocido con anterioridad, pero no será el caso de innumerables marcas que pueden no tener trascendencia en el lugar de inscripción de la sociedad.

Podría plantearse una discusión acerca de quién tendrá competencia para resolver sobre el particular, puesto que las cuestiones marcarias se dirimen ante los tribunales federales y no ante los comerciales, como cualquier inconveniente societario. Desde nuestra perspectiva, continuarán siendo estos últimos los competentes aún cuando haya una marca involucrada.

3.2. Domicilio y sede social: el Código sigue el criterio establecido en la LS, al diferenciar domicilio y sede social: en el primer caso, puede referirse a una ciudad; en el segundo, a la dirección exacta del inmueble en el que la sociedad desarrolla sus actividades. En este sentido, incorpora el principio casuístico de que el cambio de la sede

social que no está detallada en el estatuto no implica la modificación del estatuto de la sociedad. Hasta ahora, en la práctica, el profesional interviniente en la constitución y registración de la sociedad, en la mayoría de los casos recomendaba incluir el domicilio en el texto del estatuto para evitar, justamente, lo que podría ser un engorroso trámite de inscripción de modificación ante cada cambio de sede social.

3.3. Duración: el Código sienta el principio de la ilimitación de la duración de la sociedad (la LS no establecía un límite a la duración de las sociedades). Es decir, en adelante, podría referenciarse en el estatuto la duración ilimitada, en lugar de la extensión de noventa y nueve años por la que se optaba en numerosas ocasiones. Con esto, el legislador ha otorgado una potestad a socios y accionistas: la de crear seres eternos, que puedan trascender generaciones.

3.4. Testaferro el director: el Código incluyó en el art. 159 una figura que la LS no había hecho: la interpósita persona, más conocida como 'testaferro' del administrador. Esta no es una referencia menor, puesto que en la única oportunidad en que se habla sobre el testaferro en la LS, se refiere al socio aparente del accionista. Seguramente el legislador ha tomado nota de resonantes casos de la actualidad a la hora de optar por su inclusión.

3.5 Contratos Asociativos: la Ley suprime la Sección IX, del Capítulo II de la LS, referido a Sociedades Accidentales; el Capítulo III de la LS, referido a los contratos asociativos, incorporados por la ley 22903, y deroga la ley 26005 de Consorcios de Cooperación. Sin embargo, estos contratos no fueron condenados al destierro de la legislación argentina ya que el capítulo 16 del Título IV del Código, referido a los

contratos en particular, se encarga de regular a las agrupaciones de colaboración empresarial ("ACE"), las uniones transitorias de empresas ("UTE") y a los consorcios de cooperación, quitándoles cualquier vinculación con las personas jurídicas porque ni por analogía se les aplican sus reglas.

El Código decide despojar a las sociedades accidentales de su naturaleza societaria. Esta decisión representa un acierto del legislador, quien quitó de la LS una figura que no era una sociedad comercial, seguramente luego de escuchar a la doctrina mayoritaria. Ricardo Nissen, por ejemplo, asegura que ellas conforman un *tipo social*, aunque inmediatamente después las describe como *una clase de las sociedades constituidas en infracción al mismo régimen societario*. Una prueba de esto es que las normas que rigen su desenvolvimiento (arts. 21 a 26) obran a continuación del régimen de nulidad, lo cual demuestra acabadamente la intención de aquel -refiriéndose al legislador-.

A partir de 2016, las accidentales no conformarán ningún tipo social, ni serán consideradas, siquiera, sociedades en infracción; sin perjuicio de que podrán existir figuras similares, podemos asegurar que ellas sí fueron desterradas de nuestra legislación por el Código.

IV. Errores

4.1. Infracapitalización: Al igual que la LS, el Código establece que la persona jurídica privada debe tener un patrimonio. Entendemos que la simple referencia al patrimonio no basta. Ésta hubiera sido la ocasión ideal para solucionar un conflicto que jurisprudencialmente ha cobrado fuerza en los últimos años y es, justamente, aquel en contra de la

infracapitalización. Al decir de Mariano Gagliardo, la infracapitalización es una realidad usual y frecuente en el mundo de las sociedades. De modo abarcador alude a la incapacidad operativa y financiera de una entidad para desarrollar una actividad societaria, circunstancias que no se identifican con la descapitalización ni con el estado de insolvencia.

Se ha desaprovechado una oportunidad histórica puesto que podría haberse establecido que el patrimonio de la sociedad debe guardar relación con su objeto y abierto camino hacia la determinación de una pauta objetiva para aplicar al momento de la inscripción y durante el funcionamiento de la sociedad.

4.2. Control a los administradores: el Código contempla la posibilidad de implementar sistemas y medios preventivos para reducir el riesgo de conflictos de intereses. Este es un intento débil, muy débil, de dejar plasmada la posibilidad de traer institutos propios del *UK Corporate Governance Code* ("CGC") a nuestra regulación corporativa.

En el Reino Unido son de mucha aplicación los *Comitees* que, dentro de la estructura de la administración de la sociedad, se encargan de distintos aspectos inherentes a ella como la designación de sus miembros, la remuneración de cada uno de ellos y la auditoría de su actividad en conjunto. Existen, por ejemplo, los *Nomination Comitee*, los *Remuneration Comitee* y el *Audit Comitee*, que tienen a cargo las funciones ya enunciadas.

Se imponen la siguientes preguntas ¿por qué la misma administración es la que debe implementar sistemas y medios preventivos para reducir el riesgo de conflicto de intereses? ¿Cómo se asegura la objetividad y la rigurosidad en el control si la confección del sistema estuvo a cargo del propio controlado? Como medio preventivo de riesgo, el Código

debería haber previsto que fuera la asamblea la que diseñara o aprobara el organigrama administrativo con la inclusión de los engranajes de control, como sucede en el Reino Unido, donde elegir a quienes auditarán al directorio es una función privativa de la asamblea, tal como lo asegura la exposición de motivos del CGC.

V. Incorporaciones

5.1. Nueva categoría de tercero: el Código crea una nueva categoría de tercero frente a la ley comercial, es decir, aquel a quien una inscripción societaria puede serle oponible pese a que no se haya procedido con la misma.

No se trata de un juego de palabras ni de un contrasentido. Hasta ahora, la práctica societaria había distinguido entre las inscripciones con efecto constitutivo y aquellas con efecto declarativo. La diferencia entre una y otra es que si era constitutiva, el acto jurídico nacía con la inscripción; por el contrario, si era declarativa, antes de la misma. Lo importante para destacar es que, luego de la inscripción propiamente dicha, ambas hacen oponible el acto jurídico a terceros. Entre las primeras inscripciones, encontramos la de la sociedad comercial misma y la de una fusión, por ejemplo; en el grupo de las segundas inscripciones, se engloban la modificación de estatuto, la designación de autoridades, entre otras.

Es terminante Eduardo Favier Dubois al asegurar que "todas las inscripciones producen el efecto de publicidad", "todo lo registrado es oponible". En adelante, no será así; lo no inscripto tendrá efectos publicitarios frente al tercero que rápidamente accediera a la novedad. En consecuencia, lo no registrado será oponible a esta nueva categoría de tercero.

Proponemos un ejemplo de lo presentado arriba. ¿Qué sucede en el caso del tercero que conoce el cambio de sede -que no ha sido inscripta aún- e intima a la sociedad en la que figura en el registro? Antes de la reforma del Código, el abogado de la sociedad debía recurrir a la legislación civil para demostrar que el tercero no actuó de buena fe (art. 1071) al intentar sacar provecho de la falta de registración del nuevo domicilio, porque la premisa era que toda modificación no inscripta es inoponible a terceros, por lo que, en este caso, la sede social inscripta subsistiría a todos los efectos. A partir de 2016, frente a este tercero, la sociedad tendrá un argumento jurídico-comercial más sólido que el anterior: en virtud de la flamante legislación de fondo, le será oponible la falta de inscripción de la nueva sede social.

5.2. Reuniones a distancia: el inciso a) del artículo 158 del Código termina con la discusión existente acerca de la validez o invalidez de las reuniones a distancia. Se inclina por su validez cuando la modalidad adoptada permita la simultaneidad de la comunicación. Lo había dicho Bernardo Carlino en "Reuniones a Distancia": *es conveniente que se permita que un miembro esté presente físicamente en el domicilio de convocatoria o lo esté a distancia, siempre que esa presencia le permita disponer de los mismos recursos con que cuentan los otros asistentes, respecto de intervención, expresión, voto y firma de los instrumentos de constancia, recursos todos que se manifiestan sin mengua en las reuniones a distancia mantenidas por videoconferencia, respaldadas por el archivo magnético encriptado y firmado digitalmente que cada parte se intercambia.*

5.3. Actos conservatorios: el art. 161 del Código establece que ante la oposición u omisión sistemáticas en el desempeño de funciones del administrador o de los administradores, si

los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas; se debe proceder de la siguiente forma: (a) el presidente o alguno de los administradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios; (b) los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto, dentro de los diez días de comenzada su ejecución; (c) la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador.

Nos parece válida esta inclusión, debido a que permite destrabar lo que, en la práctica y en muchas ocasiones, significa un trámite engorroso y lento como el de convocar un cuerpo de administradores renuentes a brindar soluciones a la sociedad. Para ello, otorga la facultad de realizar actos conservatorios, definidos en el mismo Código como aquellos actos de supervisión o administración provisional, al administrador o los administradores preocupados en preservar los intereses corporativos de manera rápida y eficiente (art. 2296).

Desde nuestra perspectiva, esta inclusión implica una modificación al art. 236 de la LS, que establece que las asambleas serán convocadas por el directorio, el síndico -en los casos previstos por LS, o cuando cualquiera de ellos lo juzgue necesario o cuando sean requeridas por accionistas que representen por lo menos el cinco por ciento (5 %) del capital social-; la autoridad de contralor o judicialmente.

VI. Olvidos

6.1. Carácter orgánico de la vinculación del director: el legislador concluyó que es imposible prever todas las

alternativas que podrían presentarse a la hora de diagramar la administración y funcionamiento de la sociedad, razón por la que dejó en manos particulares esta tarea y, en lugar de imponer normas rígidas como las utilizadas para la asamblea para que sirvan como reglas profilácticas contra conductas disvaliosas, optó por otorgar mayor libertad a los directores de la sociedad y contrabalancearla con una mayor revisión judicial *ex post*.

Regular sobre el contrato de dirección hubiera sido un gran acierto del Código a los efectos de desincentivar el conflicto de interés. En lugar de que, luego de aceptar el cargo, el administrador se encuentre con un cúmulo de cláusulas predispuestas por la LS, hubiera sido interesante que fueran parte de la negociación de los términos *ab initio*. Ello evitaría los conflictos referidos a su retribución, duración en el cargo, asignación de funciones, asunción de responsabilidades, control de su gestión, etc., durante el desarrollo de la relación con la sociedad. El administrador debe cumplir con su función profesional con reglas claras y directas. Como estas reglas no están plasmadas en la LS, que muestra lagunas en aquello relacionado con la facultad de administrar, el único medio por el que la sociedad puede reglar las facultades de administración, representación y supervisión es el contrato de dirección, cuyo contenido tampoco fue abordado por el Código.

6.2. Impugnación de las decisiones del directorio: el Código podría haber llenado el vacío de la LS referido a la impugnación de las decisiones de los administradores. Recordemos que sí establece una acción de impugnación a promoverse dentro de los tres meses de clausurada la asamblea de accionistas (art. 251, LS, *in fine*), pero este artículo no es aplicable a lo decidido en las reuniones del directorio.

La doctrina intentó, sin éxito, llenar estos blancos: por un lado, están quienes sostienen que las decisiones que toman los administradores son inimpugnables y, por otro, los que opinan que, como cualquier acto jurídico, a estas decisiones les caben las nulidades previstas en la legislación de fondo, cuando violan la ley, el estatuto o el reglamento. Entendemos que el Código hubiera sido el cuerpo legislativo óptimo para regular sobre el punto y disipar las contradicciones.

6.3. Fusión: El Código hace silencio con respecto al derecho de receso concedido frente a esta operación por el art. 160, LS. Hubiera sido conveniente que se contemplara la situación del socio o accionista de la sociedad incorporante, a quien se le impide ejercer el receso pese a su oposición a una fusión o escisión cuando, al mismo tiempo, se concede esta facultad al socio o accionista de la sociedad incorporada.

6.4. Sociedades unipersonales: la enumeración de las causales de disolución que realiza el Código es similar a la del art. 94, LS. De hecho, se repiten los diez incisos de causales de cada uno de ellos.

En este punto podemos destacar que deja abierta la puerta para una futura reforma de la LS que incluya las sociedades unipersonales, puesto que el inciso g) establece la disolución de la persona jurídica si es que el número de socios queda reducido a uno, *si la ley especial exige pluralidad de ellos*. En consecuencia, si en el futuro se reforma el art. 1 de la LS y se permite que una persona conforme una sociedad, el mencionado inciso caerá en desuso. Cabe, entonces, la pregunta ¿por qué no se aprovechó esta oportunidad para incluir a las sociedades unipersonales entre las opciones para el empresariado local? Entre otras derogaciones incluidas en el Código, hubiera sido ésta una buena oportunidad para realizar la del Art. 1, LS, y todos

los concordantes y, de esa manera, consagrar legislativamente a las sociedades unipersonales. Varios proyectos de unificación incluían la constitución de sociedades por un solo socio y también lo hicieron los proyectos que los siguieron. Un análisis económico indica que, ante la posibilidad de realizar una inversión millonaria que puede inyectar numerosos beneficios en un mercado determinado (mayor flujo de contratos, intercambios comerciales y de trabajadores activos), el empresario individual seguramente se inhibirá de llevar adelante la operación al percibir que, en la Argentina, debe arriesgar todo lo que tiene. Resulta injusto, entonces, que la posibilidad de actuar individualmente ceda frente a la obligación de hacerlo en conjunto.

VII. Conclusiones

Como dijimos en la introducción, el Código ha despertado numerosas reacciones en la sociedad argentina. Desde nuestra perspectiva, hubo aciertos, errores, incorporaciones y olvidos. Esperemos que la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, que trabaja en la redacción definitiva del Código que analizamos, se haga eco de los planteos, objeciones y propuestas que sostienen las ideas plasmadas en estas breves líneas, y que nos encontremos a tiempo de que alguna de las sugerencias aquí esbozadas puedan ser discutidas, evaluadas y en caso de coincidir con los puntos de vista expuestos, se vean plasmadas en el texto definitivo del cuerpo legal que comenzará a regir desde el 2016.

(*) Magíster en Economía y Derecho -UTDT-, Abogado -UNT.

Extraído del link: <http://www.abogados.com.ar/de-aciertos-y-errores-de-incorporaciones-y-olvidos-las-sociedades-comerciales-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial/15868>