

EL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

2ª PARTE (*)

Dr. FEDERICO VIDELA ESCALADA

Profesor Asociado Interino de Derecho Civil III

V. — DISTINCIÓN DE LA SOCIEDAD CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

La determinación, ya efectuada, de los diversos elementos típicos que integran el contrato de sociedad permite distinguirlo de otras figuras jurídicas que presentan ciertas semejanzas y afinidades y con las cuales podría llegar a confundirse en algunos supuestos particulares.

Cabe recordar, una vez más, que en la vida real, ordinaria, las figuras jurídicas que se presentan a la consideración del profesional no son siempre susceptibles de ser encasilladas dentro de determinada categoría, científica y precisamente definida, sino que las diferenciaciones entre contrato y contrato, entre institución e institución, son, a veces, muy sutiles, pudiendo señalarse, apenas, suaves variaciones de matices.

En tales circunstancias, el jurista debe estar en condiciones de precisar, ante el caso eventual que se le plantee, los rasgos distintivos de una u otra figura, para poder obrar con eficacia.

El criterio más exacto consiste en aplicar al acto que se toma en consideración la estructura de un contrato teórica y doctrinalmente considerado y determinar si se ajusta a ella, o bien, si escapa a su contenido. De ahí la ineludible necesidad de tener perfectamente determinados los elementos propios de cada contrato.

Si en algún caso muy especial, el criterio se demostrare insuficiente, deberá recurrirse a otras notas suplementarias, como la naturaleza del acto constitutivo, la aceptación de determinadas formas, el acuerdo sobre plazos, etc.

Las figuras jurídicas que mayores posibilidades ofrecen de confundirse con la sociedad son la locación de servicios, la aparcería y la asociación, dentro del ámbito contractual y, fuera de él, el condominio.

(*) La primera parte fue publicada en *LECCIONES Y ESTUDIOS*, n.º 2.

1. — *Distinción con la locación de servicios*

Mientras se analizan los temas en el campo puramente doctrinario, la diferenciación entre estos dos contratos aparece sencilla y no es fácil advertir la posibilidad de confusión entre sus respectivos conceptos.

En efecto, sus caracteres generales y sus elementos son definidos y la sola consideración de un aspecto es suficiente para distinguirlos en forma terminante: en la sociedad no se retribuye ningún servicio mediante una cantidad cierta de dinero.

El criterio es aplicable aun en el supuesto de existir un socio industrial, ya que, en todos los casos, la ventaja que el contrato le origina, como contraprestación del cumplimiento de su obligación de hacer, se traducirá en una retribución proporcional al total de las utilidades, si existieren, mientras que si no las hubiere, al no percibir remuneración por su trabajo, habría experimentado una pérdida, habría participado en la entidad.

Esto en el campo de los planteos doctrinarios: llevado el tema a la realidad viva, la solución puede ofrecer ciertas dificultades.

Lafaille, en el tomo II, n° 431 bis del Curso, cita como ejemplo complejo a la habilitación, figura de uso común en materia comercial. En ella, no existe el precio cierto en dinero (requisito establecido para la locación de servicios por el artículo 1623), pero tampoco se encuentra la *affectio societatis*, elemento esencial de la sociedad, todo lo cual hace que no pueda clasificársela estrictamente dentro del ámbito de uno ni de otro de estos contratos y que, a pesar de tratarse de un caso de uso corriente, deba incluirse, al enfocarla desde el punto de vista del Derecho Civil (cabe recordar que el Código de Comercio aporta su propia solución) en la categoría de los contratos innominados, aproximándola a la locación de servicios.

El criterio fundamental para distinguir a la sociedad de la locación de servicios es la presencia o ausencia de *affectio societatis* que permite separarlas perfectamente.

Lafaille, aceptando esa línea básica, se refiere a la situación de dependencia en que se coloca el locador de servicios, relación que está absolutamente excluida de un contrato de sociedad. De ahí, que si existe entre los contratantes una posición de igualdad, la convención sea una sociedad; si no existe, una locación de servicios.

Para completar el criterio, apela luego a la consideración de la participación de los contrayentes en las pérdidas que eventualmente pudieren existir, requisito esencial en la sociedad e inexistente en la locación.

Puede aun ponerse de relieve alguna nota distintiva más que no carece de importancia: Salvat (t. II, n° 1283) señala que la

distinción surge de la siguiente circunstancia: el locador de servicios sólo tiene derecho a la retribución estipulada, sea una remuneración fija o una participación en los beneficios, de donde extrae diversas consecuencias prácticas, cuya aplicación es de evidente utilidad para la diferenciación en supuestos complicados.

Así, deduce que los socios tienen derecho de controlar la administración y gestión de los negocios sociales, facultad de que carece el locador, quien, debido a que no participa en las pérdidas, no puede intervenir en aquéllas, ni fiscalizarlas.

Por otra parte, la locación de servicios se disuelve en cualquier momento, salvo el pago de las indemnizaciones previstas en la Ley 11.729 modificatoria del Código de Comercio, mientras que en la sociedad se prohíbe la renuncia intempestiva.

2. — Con la aparcería

La aparcería es uno de los contratos que Vélez Sarafiel no legisló y que, sin embargo, por imperio de las necesidades del país y de su economía, en que la actividad agropecuaria ocupa lugar tan preponderante, fue de aplicación constante.

Como se sabe, al emprenderse la reforma del Código Civil, se previó subsanar la omisión y la aparcería fue incluida entre las figuras especialmente reglamentadas.

Por otra parte, en la legislación llamada de emergencia que, desde hace largo tiempo, regula en la Argentina las relaciones entre los propietarios de tierras rurales y sus ocupantes, también se la tomó en consideración, distinguiéndola del arrendamiento rural, fundamentalmente por la existencia de una división de frutos, en lugar del precio cierto en dinero a cargo del locatario.

Dice, al respecto, el artículo 21 de la Ley 13.246: "Habrá aparcería cuando una de las partes se obligue a entregar a otra animales, o un predio rural con o sin plantaciones, sembrados, animales, enseres o elementos de trabajo, para la explotación agropecuaria en cualquiera de sus especializaciones, con el objeto de repartirse los frutos".

Por su parte, el Proyecto de 1936, dió un concepto mucho más breve y más preciso, en su artículo 1069: "Habrá contrato de aparcería cuando alguien entregara a otro, un predio rústico para la explotación agrícola o ganadera y dividir con él los frutos".

Hasta observar, aun someramente, estas dos definiciones, tan diferentes en cuanto a su perfección técnica, para comprender que, al distinguir la aparcería de la sociedad, pueden presentarse problemas de difícil solución, pues aquella figura jurídica se aproxima estrechamente a la sociedad con aportes de capital en uso y goce e industria.

Para poder establecer la diferenciación en forma indudable, hay que recurrir, una vez más, a la *affectio societatis*; si se analiza la esencia de la *sparceria*, se aprecia que no existe en ella una voluntad de unión para afrontar determinados riesgos de empresa.

Puede afirmarse que cada una de las partes marcha detrás de su propia utilidad, de su propia ventaja: hay una transitoria coincidencia de intereses, que, inclusive en determinado momento, durante la vigencia de la convención, puede no subsistir, como en el caso, infortunadamente muy común en la actualidad en el campo argentino, en que la continuación de la explotación de una determinada tierra determina su agotamiento, con los evidentes perjuicios que acarrea al propietario y sin que cese esa explotación por cuanto el *sparcero* se beneficia con algunos frutos de ella y no puede abandonarla porque ello le significaría tener que abandonar el predio.

Los autores, nacionales y extranjeros, se han pronunciado en el sentido de calificar a la *sparceria* como una modalidad del contrato de locación de cosas, o bien como un contrato inominado, aproximado a la locación (Lafaille, *Curso*, t. II, n° 428).

3. — Con la asociación

En el tratado de Planiol y Ripert (t. XI, n° 1073) se define la asociación como el contrato en el cual varias personas ponen en común su actividad, sus rentas o sus capitales con una finalidad común que no es la de repartirse los beneficios que de esa unión resultaren.

En realidad, se trata de la reproducción casi textual del concepto que daba la ley Francesa de 1901, que tuvo la virtud de extraer a las asociaciones del campo del Derecho Penal, donde habían sido recluidas por más de un siglo de legislación represiva.

Es inevitable, al enfocar la comparación entre los contratos de sociedad y asociación, el recuerdo de la célebre Ley Chappelier, dictada en los momentos iniciales de la Revolución Francesa, en aquella primera euforia, que llevó al más exagerado individualismo y alejó de la realidad a quienes, buscando defender a la persona humana, sometieron a una gran parte del grupo social a condiciones de vida lamentables.

La Ley Chappelier fue, precisamente, uno de sus más graves errores: buscando aplicar un golpe de gracia al régimen corporativo de los gremios medievales, procurando afirmar la libertad de trabajo, se prohibió toda forma de asociación entre trabajadores del mismo oficio, que pudiera llevar a una agrupación de intereses gremiales.

Con ello quedaron prescriptas todas las formas de asociaciones profesionales y, entre ellas, las que hoy conocemos con la de-

nomina¹ción de sindicatos, cuyo progreso en las últimas décadas ha sido extraordinario y que tiene en las legislaciones contemporáneas un tratamiento eminentemente favorable.

Fueron los sindicatos la primera especie de asociaciones que obtuviera autorización para constituirse en Francia, puesto que una ley de 1884 los permitió, mientras que la ley orgánica general de la materia recién se dictó, como se dijera, en 1901.

De ahí la enorme importancia que tuviera en el derecho francés la distinción entre sociedad y asociación, ya que las sociedades fueron permitidas en todo momento, mientras que las asociaciones caían dentro de la prohibición legal comentada y aún hoy se encuentran sometidas a disposiciones más restrictivas.

Por ello, fue común, en aquel país, que se disfrazase bajo forma de entidades constituidas con propósito de lucro muchas que, en realidad, sólo tenían fines benéficos o desinteresados: el caso fue particularmente común para las congregaciones religiosas dedicadas a la enseñanza, respecto a lo cual pueden verse interesantes menciones en la obra de Vavasseur, t. I, n.º 25, nota 4.

En el Código Civil Argentino, ha sido necesario afrontar una dificultad particular, proveniente de la imprecisión terminológica con que está utilizado el vocablo "asociación", el cual, a lo largo del articulado, ha sido tomado por Vélez Sarsfield con diversas acepciones diferentes.

Así, en el artículo 33, inciso 5.º, por ejemplo, se habla de asociaciones, en oposición a establecimientos de utilidad pública, vale decir comprendiendo a todo ente jurídico integrado por miembros, personas físicas.

En el artículo 34, parecería estar empleado como sinónimo de "sociedad" y, luego, en múltiples disposiciones, se habla de las "simples asociaciones", como entidades desprovistas de espíritu de lucro.

Este último significado es el ajustado doctrinariamente y también el que Vélez asigna esencialmente a la asociación, como surge indiscutiblemente de la nota al artículo 1848, donde al anotar la definición de la sociedad, desarrolla en el sentido expuesto la noción de asociación.

La distinción, que se contempla, se refiere, naturalmente, al último supuesto: si coinciden las nociones en cuanto a que se trata de entes compuestos por varias personas, la nota distintiva se encuentra en el propósito de lucro.

Mientras este elemento es indispensable en la sociedad, constituyendo uno de sus requisitos esenciales, en la asociación, por el contrario, la intención de obtener un beneficio pecuniario debe estar ausente: su presencia desvirtuaría la naturaleza misma del contrato.

En nuestro derecho, el problema fue aclarado perfectamente por Vélez, tanto en la definición del artículo 1648, como en la referida nota a ese mismo precepto. Y cabe recordar lo señalado, en ocasión de hacer referencia al propósito de lucro como elemento del contrato de sociedad, respecto al debate jurisprudencial y doctrinario habido en Francia en cuanto a la noción de beneficio pecuniario, que aquella nota del codificador hizo imposible en nuestro país.

Sin embargo, es imprescindible señalar que la distinción entre la sociedad y la asociación, tan clara en la solución elegida por nuestra ley y aún por la francesa, no mantiene su plena vigencia en otras legislaciones más modernas, en las cuales, conforme a una orientación general distinta, se ha prescindido de la intención de obtener ventajas patrimoniales para los socios al caracterizar a la Sociedad.

Tal es el caso de los Códigos Alemán, Suizo y Brasileño, por ejemplo, los cuales no requieren la presencia de un fin lucrativo en la sociedad, limitándose a exigir que tenga como objetivo "la realización de un fin común".

4. — Con el condominio

Para señalar la diferencia fundamental entre la sociedad y el condominio es imprescindible referirse a la personalidad de la primera: sea cual fuere la posición que se adopte en esa materia, hasta que se acepte la existencia de una cierta personalidad, por limitada que ella se entienda, para que se presente diáfana la distinción entre estas dos figuras.

En efecto, si se reconoce que la sociedad tiene personalidad, hay un sujeto de determinados derechos diferente de cada uno de los socios que lo integran y distinto también de una suma o yuxtaposición de los derechos respectivos de esos miembros integrantes de la entidad, lo cual no ocurre, naturalmente, en el condominio, ya que el patrimonio de los condóminos es el único que existe; no hay entidad distinta ni patrimonios independientes.

Cabe insistir: como se demostrará en el punto inmediato, en la sociedad hay separación de patrimonios; independencia recíproca, juego de derechos y obligaciones: los de los socios no coinciden siempre con los del cuerpo social y hasta, ocasionalmente, pueden encontrarse en oposición.

Yendo a la esencia de las dos figuras, su naturaleza jurídica se revela fundamentalmente distinta: mientras la sociedad es un contrato, el condominio reviste el carácter de derecho real, vale decir, que se encuentran en campos distintos en la división básica que reconoce nuestro Código en el ámbito de los derechos patrimoniales.

Además, el condominio no requiere, necesariamente, un contrato para tener nacimiento, sino que puede constituirse por testamento y aun por la ley, como en el ejemplo típico de la copropiedad de los cercos y muros medianeros.

También en la terminación hay diferencias: salvo que se le hubiese establecido un plazo al constituirlo, el condominio puede disolverse en cualquier momento; en la sociedad, aun sin plazo, no cabe la renuncia intempestiva (artículo 1739).

VI. — PERSONALIDAD DE LA SOCIEDAD.

El tema de la personalidad de la sociedad es, quizás, el más interesante de los que plantea este contrato tan lleno de sutilezas: problema que ha preocupado a juristas de todas las latitudes y ha requerido abundantes pronunciamientos judiciales, también en nuestra legislación ha dado lugar a un prolongado e interesante debate, ante la ausencia de un texto preciso que lo resuelva expresamente.

Es de destacar, sin embargo, como bien lo señala Salvat, que el problema no se plantea con extensión absoluta en nuestro derecho, por cuanto las sociedades anónimas, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 33 inciso 5º, son personas jurídicas.

De manera que la incógnita se refiere a las demás especies de sociedades comerciales y a las civiles, en general, siendo oportuno adelantar, desde ahora, que en otras legislaciones, como la francesa, el tema ha merecido, en determinados momentos, solución diversa para uno y otro tipo de entidades, habiendo varios autores reconocido personalidad a las sociedades comerciales, mientras se la negaban a las civiles.

En la consideración del tema se plantean dos interrogantes, que deben ser resueltos sucesivamente.

¿Son personas las sociedades?

En caso afirmativo, ¿qué caracteres reviste su personalidad?

Las soluciones dadas al primer problema implican aceptar o negar el principio mismo de la personalidad y pueden ser, simplemente, positivas o negativas.

Las respuestas al segundo, que requiere decisión previa respecto al anterior, pueden agruparse en tres divisiones, según se adopte una personalidad jurídica plena o una personalidad de existencia ideal o una personalidad limitada.

Resultaría sumamente interesante recordar los lineamientos de la teoría general de la personalidad jurídica, pero extenderse en esos aspectos implicaría exceder las posibilidades de tiempo y el orden que debe presidir la exposición del Curso de Contratos del Derecho Civil. Sólo cabe, pues, remitirse a lo estudiado oportunamente en la Parte General.

Imponiendo las circunstancias para seguir este camino y prescindir de mayores explicaciones, se hace necesario sentar algunas premisas que deberán guiar la investigación respecto a la personalidad de las sociedades civiles.

En primer término, se impone recordar el precepto legal de persona, definido por el artículo 30 de nuestro Código Civil, que expresa: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones".

También debe tenerse en cuenta lo establecido por el artículo 32, que determina la existencia, al lado de las personas físicas, de otros sujetos de derecho, al decir: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas". Por el momento, parece conveniente dejar sin resolver la debatida cuestión referente a la distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas o la asimilación de ambos términos.

Puede agregarse aún otro concepto previo, que recordaba Halperín, en una nota jurisprudencial sobre este tema publicada en *La Ley*, tomo 2, pág. 1011, y que establece que son requisitos para la atribución de personalidad la existencia de un patrimonio distinto del de los miembros que lo componen y la presencia de una organización adecuada.

Establecidos estos puntos de partida, el procedimiento más eficaz para determinar la posición de nuestra legislación respecto al problema, consiste en recorrer las disposiciones del Código vinculadas con él, para analizar las respectivas soluciones que ellas aportan y extraer, de su conjunto, una conclusión general válida.

Sin embargo, antes de iniciar el análisis, se hace inevitable una referencia a la obra que inspiró a Vélez en lo relativo a la regulación de la personalidad jurídica y que fué, como en tantos otros aspectos, el Esbozo de Freitas, que en su artículo 273 distingue entre personas de existencia ideal públicas y privadas y manifiesta que las primeras llevan la denominación de personas jurídicas y que, más adelante, en el artículo 278, al enumerar las personas privadas de existencia ideal, en el primer inciso, se refiere, en pie de igualdad, a las sociedades civiles y comerciales.

En la nota a ese artículo, el jurista brasileño recoge la distinción doctrinaria, respecto a la personalidad, de las sociedades civiles y comerciales, reconociendo que la unanimidad con que la doctrina admite tal carácter a las últimas no existe en relación a las civiles, que han motivado un debate mucho más arduo. Sin embargo, como se señaló, no hace distinción alguna.

De ahí que, en la mencionada nota, haya escrito una frase tan decisiva como ésta: "Hoy no hay duda alguna sobre este punto", citando en apoyo de su opinión a Troplong, así como ante-

riormente había citado a Toullier como defensor de la tesis contraria.

Sin perjuicio de retornar al análisis de la concepción de Freitas en ocasión de definir las características que tendrían como personas las sociedades civiles, basta por ahora lo dicho para poner de manifiesto las líneas principales de la posición del jurista que inspiró principalmente a Vélaz Sarsfield en el régimen de la personalidad en general.

Yendo a la consideración de los textos del Código, debe comenzarse por señalar que, en ninguno de sus artículos, el Codificador definió expresamente su posición, en lo que se apartó del ejemplo de Freitas; solamente existe una nota en que se ha pronunciado: se trata de la puesta al pie del artículo 1744, donde, en la última parte, tras haber hecho un comentario a los efectos de las obligaciones contraídas por un socio a su nombre personal, expresa: "Por otra parte, la sociedad es una tercera persona, no hay acción contra ella, como no la habría contra un particular a quien el deudor hubiese entregado el dinero que tomase prestado."

La afirmación sería decisiva en el texto: en la nota es sólo una ayuda para el intérprete, que contribuye con su valor de comentario auténtico a la mejor aclaración del espíritu de la ley.

Existen, en cambio, en el articulado mismo, algunas disposiciones que son altamente significativas a los efectos de dar una solución al problema en nuestra ley.

Cabe referirse en primer término a los artículos 1702 y 1703. El primero dice: "La sociedad tiene el dominio de los bienes que los socios le hubiesen entregado en propiedad y cuando ella se disuelve los socios no tienen derecho a exigir la restitución de los propios bienes, aunque se hallen en ser en la masa social". Y el 1703, dispone: "Los bienes aportados por los socios se juzgan transferidos en propiedad a la sociedad...".

Estos textos se relacionan con el tema del aporte, al analizar el cual se señaló que los consistentes en obligaciones de dar podían transferir a la sociedad el dominio o el uso y goce.

Ahora bien, el dominio es un derecho real, el más importante de los derechos reales y su reconocimiento como tal implica una decisiva toma de posición de la ley, que define su orientación fundamental y hace a la esencia misma de la organización social.

En base a esta afirmación evidente y al concepto de persona dado por nuestro Código en el recordado artículo 30, la personalidad de las sociedades surge claramente de la construcción de un silogismo elemental, al cual ellas le sirven de premisas: persona es todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones; la sociedad es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones (el derecho de propiedad y las obligaciones que resultan de su carácter de propietario); luego, la sociedad es persona.

El codificador ha puesto muy claramente el acento, de manera que su intención y su modo de pensar quedan perfectamente claros: no se ha contentado con expresar el carácter de propietario de los bienes aportados que reviste la sociedad, sino que ha destacado una consecuencia que únicamente puede seguirse de esa calidad de titular del dominio, ya que sólo en base a ella puede justificarse que el socio no pueda reclamar, en oportunidad de una disolución, el bien que aportara.

Ante tal régimen, parece innegable el reconocimiento de la personalidad que incluye a la sociedad dentro de las previsiones del artículo 31, cuando, tras determinar que las personas son de existencia ideal o de existencia visible, dispone: "Pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este Código regla, en los casos, por el modo y en la forma que él determina...".

De acuerdo a lo especificado por los artículos 1702 y 1703, adquiere la sociedad un derecho (el de dominio) en el caso de un aporte en propiedad, por el modo establecido en los artículos 577 y 3265 y 2601 a 2603 (tradición) y en la forma exigida por el artículo 1662 y complementarios, como el artículo 1184 inciso 3°.

El argumento parece decisivo en favor del principio de la personalidad de las sociedades civiles en nuestro Código y está ratificado por otros, que también surgen del texto mismo de la ley.

Así, el artículo 1711, que encabeza el capítulo referente a los derechos y obligaciones de la sociedad respecto de terceros, al dar, precisamente, la definición de quienes son tales, dice: "Repítanse terceros, con relación a la sociedad y a los socios, no sólo todas las personas que no fueron socios, sino también los mismos en sus relaciones con la sociedad, o entre sí, cuando no derivasen de su calidad de socios o de administradores de la sociedad".

Esta disposición establece claramente la separación existente entre la sociedad y sus miembros, al aceptar que éstos, en algunas circunstancias, son terceros frente a aquélla.

Puede interpretarse con fundamento serio, por consiguiente, que este artículo es la concreción legislativa de la afirmación expresa contenida en la nota al 1744, a que antes se hiciera referencia y está relacionada con una separación de patrimonios que resulta decisiva, como lo pusiera de relieve Halperín en el comentario citado.

El tema de la separación de patrimonios lleva a la consideración de los artículos 1712, 1713 y 1714, que la consagran, aunque estableciendo una atenuación, ya que surge del comienzo del texto del 1713 que los integrantes de una sociedad responden por las deudas de ésta, lo cual implica una significativa diferencia con lo dispuesto en el artículo 39 respecto de las corporaciones o simples asociaciones.

La primera parte del artículo 1712, "Los deudores de la sociedad no son deudores de los socios", constituye un argumento muy fuerte en favor de la personalidad, ya que establece con clara elocuencia la separación de patrimonios.

El contenido de este artículo está corroborado por lo dispuesto en el artículo 1748, que dice: "Ninguno de los socios, a no tener la administración de la sociedad, o a no representarla en los casos antes designados, o a no haber sido especialmente autorizado por el que la administrase, tendrá derecho para cobrar las deudas activas de la sociedad, y demandar a los deudores de ella".

Dejando de lado la observación que puede formularse a la defectuosa terminología del artículo, cuya mención de "deudas activas" no es defendible, se hace evidente la identidad que inspira a las dos disposiciones.

También la parte final del artículo 1712 coincide en sostener análoga posición, ya que se refiere a una consecuencia de la aplicación de la norma general expuesta en la primera parte. Dispone: "(los deudores de la sociedad) no tienen derecho a compensar lo que debiesen a la sociedad con su crédito particular contra alguno de los socios, aunque sea contra el administrador de la sociedad".

Es indudable que, para que se pudiese oponer la compensación, deberían cumplirse los requisitos exigidos para este modo de extinción de las obligaciones, que Vélez definió al comienzo del artículo 818, diciendo: "La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente...".

Precisamente, esa condición esencial no se cumple en la hipótesis prevista en el artículo 1712, ya que acreedor y deudor no lo son con reciprocidad: la sociedad es acreedora, el tercero es deudor de ella y acreedor de un socio y el socio es deudor del tercero. En tales condiciones, la solución legal es perfectamente coherente.

Y al desarrollar una consecuencia del principio planteado en la parte inicial del artículo, da mayor fuerza al argumento, el cual se robustece, aun más, con la referencia al caso especial del administrador ya que queda muy claro que el patrimonio de la sociedad no se identifica ni siquiera con el de la persona que la representa.

El tema de la compensación vuelve a ser tratado por el codificador en el artículo 1713, segunda y tercera partes.

Dice el artículo 1713, segunda parte: "Si (los acreedores de la sociedad) cobraren sus créditos de los bienes sociales, la sociedad no tendrá derecho a compensar lo que ellos debiesen a los socios, aunque éstos sean los administradores de la sociedad".

La interpretación del artículo no requiere comentario alguno, pues también aquí se trata de un desarrollo de los principios referentes a la compensación, si se acepta la existencia de persona-

lidad: la sociedad puede únicamente oponer en compensación a sus acreedores los créditos que, a su vez, tuviera contra ellos, porque sólo en tal supuesto existe la reciprocidad requerida por la ley.

Por el contrario, no puede oponer a su acreedor el crédito que cualquiera de sus socios tuviese contra aquél porque, al existir separación de patrimonios, está ausente la reciprocidad. Y, nuevamente aquí, Vélez ha puesto de relieve que la solución es igual para todos los socios, sin que signifique ninguna diferencia el carácter de administrador que cualquiera de ellos revista.

La parte final del artículo requiere, en cambio, un pequeño análisis, no demasiado profundo, por otra parte. Dispone: "Si (los acreedores de la sociedad, los cobrasen (a sus créditos) de los bienes particulares de los socios, ese socio tendrá derecho para compensar la deuda social con lo que ellos le debiesen, o con lo que debiesen a la sociedad".

La interpretación generalmente aceptada sostiene que esta parte del artículo se refiere al caso de sociedad ya disuelta y liquidada. Conforme a esta manera de entenderla, la disposición no plantea dificultad alguna puesto que en tal hipótesis no existirían ya los dos patrimonios distintos, el de la sociedad y el del socio, sino que únicamente subsistiría el de éste último.

Aunque esa interpretación parezca acertada, conviene analizar el texto apartándose del supuesto de sociedad liquidada. Aún en tal caso, la solución del artículo es viable y no compromete en absoluto el principio de la personalidad: la compensación por el socio, del crédito reclamado con la deuda del acreedor contra la sociedad, implica una simple gestión cuya procedencia es indiscutible ante la reciprocidad originaria existente; en cuanto a la compensación con el crédito propio, se funda en que, al demandar al socio, el acreedor ha creado una reciprocidad que permite el juego de ese modo de extinción; por otra parte, el socio quedaría subrogado en los derechos del acreedor frente a la sociedad, manteniendo en relación a ella una situación de tercero, conforme al artículo 1711.

También el artículo 1714 contiene provisiones favorables al principio de la personalidad. Esta disposición, que se refiere al supuesto de concurso entre acreedores de la sociedad y de los socios y rige la preferencia entre ellos, está dividida en dos partes, que conviene analizar separadamente.

La primera parte dice: "En concurso de los acreedores sobre los bienes de la sociedad, los acreedores de ésta serán pagados con preferencia a los acreedores particulares de los socios".

La disposición enfoca el caso de sociedad disuelta y desarrolla una neta aplicación del principio de la personalidad, puesto que afecta el patrimonio de la sociedad al pago de las deudas por ella

contraídas. Es razonable que los bienes que lo integran sean destinados al cumplimiento de sus obligaciones y hay en ello otra simple consecuencia de la separación de los patrimonios de la sociedad y de los socios.

Por su parte, quienes contrataron con los socios particularmente nada podrían objetar a esta solución: ellos han debido tener en cuenta que los bienes que aquellos aportaron a la sociedad salieron de sus respectivos patrimonios para ingresar en el de ésta y que, por consiguiente, no integran ya la prenda común de los acreedores de los socios.

A cambio de esos bienes, el socio ha recibido determinados derechos sociales, lo cual constituye la esencia misma del aporte, como bien lo destaca Blaise, y a sus acreedores les quedarán como garantía, precisamente, los resultados de esos derechos sociales, es decir, la parte que le correspondiere al socio en la liquidación de la entidad, previo pago de todas las deudas sociales.

Esto se relaciona directamente con lo dispuesto por el artículo 1756 y también por los artículos 1754 y 1755; aquí se refiere al supuesto de sociedad liquidada y aplica para ese caso igual principio que el que informa a los otros dos textos citados para las hipótesis contempladas en ellos, que se refieren, respectivamente, a los derechos de los acreedores del socio sobre los bienes comprendidos en el aporte de éste antes que la sociedad hubiere adquirido el dominio sobre esos bienes y a la situación existente después de la adquisición del dominio por la sociedad.

Dispone el artículo 1756: "Podrán también cobrarlas de la cuota eventual que pueda corresponderle al socio deudor en la partición de la sociedad; pero embargando o haciendo rematar o adjudicar la cuota eventual que al socio pudiese corresponder, no adquieren derecho para embarazar de modo alguno las operaciones de la sociedad, ni nada podrán haber de ella, sino después de su disolución y partición".

La solución legal es perfectamente clara y sólo encuentra fundamento lógico en el reconocimiento de la personalidad de la sociedad. Podría decirse que, en esta primera parte de su artículo 1714, el codificador ha omitido una frase que hubiera resultado coincidente con la contenida en la redacción de las dos disposiciones anteriores y que pudo ser la siguiente: los acreedores de los socios no son acreedores de la sociedad.

En la segunda parte del artículo, que también considera a la sociedad ya disuelta y liquidada, se contempla el caso de concurso sobre los bienes particulares de los socios y, aplicando los principios contenidos en el artículo 1713, se dispone: "En concurso sobre los bienes particulares de los socios, sus acreedores particulares y los acreedores de la sociedad, no habrá preferencia alguna si los acreedores fuesen meramente personales".

La última mención del artículo se vincula con algo ajeno a este tema, la diferente naturaleza que pueden revestir los créditos y que tiene, naturalmente, influencia sobre su orden de prelación; dejando de lado este aspecto, la solución de la ley es razonable, pues no debe olvidarse que, al haberse disuelto la sociedad, no existen ya otros patrimonios que los particulares de los socios y que ellos deben responder, tanto por las deudas suyas como por las obligaciones que aun quedaran pendientes de la actividad social.

Otra disposición que interesa considerar es el artículo 1731, en su parte inicial, que dispone: "Cada socio tendrá derecho a que la sociedad le reembolse las sumas que le hubiese adelantado con conocimiento de ella, por las obligaciones que para los negocios sociales hubiese contraído, como también de las pérdidas que se le hubiesen causado". La parte final del texto se refiere a la imputación que deberá hacerse a cada socio en la distribución posterior de esa deuda de la sociedad.

De la redacción de la parte primera transcrita, surge claramente que se acuerda al socio una acción contra la sociedad, ya que, en caso contrario, su derecho sería ilusorio. Ello configura una demostración muy clara de la distinción establecida entre la sociedad y el socio, que coincide con el concepto que de los terceros da el comentado artículo 1711 y con la separación de patrimonios que surge del 1712 y siguientes.

Generalmente, quienes sostienen el principio de la personalidad de las sociedades civiles en nuestro Código agregan, como reafirmación, las disposiciones relativas al nombre contenidas en los artículos 1678 a 1680, pero esto merece alguna observación, por cuanto únicamente puede utilizarse ese argumento respecto a las entidades establecidas fuera del territorio de la República o que tienen allí ligadas relaciones, ya que sobre la hipótesis general de las sociedades constituidas y en funcionamiento en nuestro país, la solución legal parece sostener, más bien, una posición opuesta.

En efecto, este supuesto ordinario está contemplado en el artículo 1678, que expresa: "Los negocios de la sociedad pueden ser conducidos bajo el nombre de uno o más de los socios, con o sin la adición de la palabra compañía". Es decir que, como surge claramente de las palabras textualmente usadas, es, por lo menos, posible la coincidencia entre el nombre de la sociedad y el de alguno o algunos de sus socios. Y aun podría sostenerse con mucho fundamento que esa coincidencia no sólo puede sino que debe existir, ya que, no obstante la redacción potestativa, es aceptable afirmar que la ley no ha previsto que los negocios de la sociedad sean conducidos bajo un nombre de fantasía o una razón social o una denominación diferente del nombre de sus integrantes.

Por otra parte, la interpretación negativa parece hallarse abonada por lo dispuesto al comienzo del artículo 1789, "Ninguna sociedad puede conducir sus negocios en nombre de una persona

que no sea socio", disposición lógica y que tiene en cuenta las consecuencias desfavorables que podrían seguirse en el campo de los negocios de la utilización por una sociedad del nombre de una persona que ninguna vinculación tuviera con ella. De todas maneras, ello no significa necesariamente excluir la posibilidad del uso de una simple denominación de fantasía.

Distinto es, por cierto, el caso de las sociedades establecidas en el extranjero, a que hacen referencia los artículos 1679, en su parte final, y 1680, que, respectivamente, dicen: "(Ninguna sociedad puede conducir sus negocios en nombre de una persona que no sea socio) pero una sociedad establecida fuera del territorio de la República, puede usar en ella el nombre allí usado aunque no sea el nombre de los socios" y "El nombre de una sociedad que tiene sus relaciones en lugares fuera del territorio de la República, puede ser continuado por las personas que han sucedido en esos negocios y por sus herederos, con el conocimiento de las personas, si viven, cuyos nombres eran usados".

Aquí se presenta, efectivamente, el argumento favorable al reconocimiento de la personalidad, al dejarse sentado que la sociedad civil, en los casos determinados que la ley ha tenido en vista, puede utilizar un nombre diferente del de sus miembros, lo cual configura una diferenciación más entre la entidad y sus socios.

Tomados estos artículos por el Codificador del Código de Nueva York, mientras que el 1878 lo fue de la obra de Tropiang, según pone de relieve Segovia, configuran una afirmación más del principio y han tenido en cuenta las necesidades de estos entes que, por sus vinculaciones en el extranjero y el prestigio que pudieran haber adquirido bajo la denominación que siempre usaron, podrían experimentar graves perjuicios si no se les hubiera acordado el derecho de utilizarla en el país o de seguirla empleando a pesar de haber desaparecido quienes les dieran su nombre.

Corresponde analizar ahora la disposición legal que crea alguna incertidumbre en cuanto al tema de la personalidad, el artículo 1713, primera parte, que dice: "Los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios".

Esta disposición significa, por lo menos, una diferencia muy importante respecto a la separación de patrimonios entre la entidad y sus miembros, con relación a lo establecido en la parte del Código referente a las personas jurídicas, en el artículo 39, antes mencionado, que dispone: "Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunados con ella".

De ahí que constituye el principal, por no decir el único, apoyo de quienes niegan personalidad a las sociedades civiles. Ante el cúmulo de materiales acumulados en favor de la posición opuesta, es difícil sostener con real fundamento la solución negativa y se hace imprescindible entrar en el campo de la interpretación a efectos de hallar la razón lógica de esta disposición y hacerla encajar en la construcción legislativa.

Una primera explicación se ha referido a la circunstancia de tratar la última parte del artículo de sociedades ya disueltas y liquidadas y ha extendido esta nota a todo el artículo, sosteniendo, entonces, que los acreedores de la sociedad lo serían también de los socios en el supuesto de sociedades ya disueltas.

En primer lugar, se ha señalado que no parece aceptable creer que el codificador hubiera dado un texto tan general para enfocar un problema de índole absolutamente particular, como lo destaca Salvat (T. II, n.º 1420, nota 125) y aunque los defensores de aquella tesis han respondido que la misma objeción cabría hacerla a la parte final del artículo, existen diferencias de redacción evidentes entre uno y otro período del texto y contiene, además la parte inicial una frase, "al mismo tiempo", que desvirtúa el esfuerzo interpretativo.

Siguiendo al maestro Lafaille, se ha sostenido que, en realidad, la responsabilidad de los socios por las deudas de la entidad tiene un carácter accesorio y subsidiario, que aquéllos responden como fiadores, al garantizar las obligaciones de aquélla.

Fundada en el artículo 443 del Cód. de Comercio, esta interpretación tiene rigor jurídico evidente. La dificultad con que tropieza para lograr plena aceptación radica en la frase "al mismo tiempo", ya mencionada con anterioridad y que parecería oponerse al carácter accesorio y subsidiario de la obligación de garantía que el Código habría establecido.

Parece, por consiguiente, necesario ajustar, en cierta manera, esa interpretación, manteniendo su esqueleto fundamental, pero concediendo a la frase comentada todo el valor que tiene.

Para ello, resulta suficiente tomar en consideración los motivos que pueden haber guiado al codificador para apartarse de la solución adoptada en materia de personas jurídicas en general: el fundamento del artículo está en en que, si bien se trata de personas distintas, quienes están dentro de la sociedad civil, los socios, realizan, al través de ella, sus negocios, perciben sus utilidades y soportan sus pérdidas y en que resulta evidente que los terceros, al contratar con la sociedad, tienen en cuenta las personas de sus integrantes, por lo cual puede afirmarse que la responsabilidad de la sociedad es reflejo de la responsabilidad de sus componentes.

Por otra parte, la distinta finalidad que tienen las personas jurídicas en general y las sociedades civiles explica perfectamente

la diferencia de las soluciones: mientras aquéllas persiguen un objeto de bien común, éstas tienen particularmente en mira un propósito de lucro que constituye uno de sus elementos esenciales típicos, y es justo que quien emplea determinado medio para obtener una ganancia responda también por las obligaciones que ese ente contraiga en su vida jurídica.

La circunstancia de existir distribuciones de utilidades en las sociedades civiles, lo que no tiene lugar en el supuesto de las personas jurídicas en general, es un desarrollo más de la idea que viene de apuntarse y que presenta cierto interés para la solución del problema, ya que podría darse el caso que una sociedad no pudiera hacer frente a las obligaciones asumidas en razón de haber efectuado una repartición de ganancias demasiado amplia en relación con sus posibilidades y, si se eximiera al socio de responder por esas deudas de la entidad, se llegaría a la consecuencia, a todas luces injusta, que los terceros que contrataron con ella resultarían perjudicados mientras que los socios gozarían de una ventaja patrimonial adquirida en detrimento de los derechos de aquéllos.

Esta argumentación requiere, sin embargo, una aclaración, o mejor dicho, una limitación, ya que existen entidades a quienes el Código en su artículo 53 reconoce personalidad y que tienen, no obstante, una finalidad lucrativa, como en el caso típico de los bancos, compañías de seguros y sociedades anónimas, en general, pero la explicación surge, precisamente, con toda claridad de la naturaleza y régimen de este tipo de sociedades comerciales, ya que, en ellas, de acuerdo a lo establecido en el Código de Comercio, los socios únicamente responden con el monto del capital que aportaron, es decir que puede mantenerse en su forma integral la separación de patrimonios prevista en el artículo 39.

Hay, pues, un motivo de fondo, dotado de una innegable razón de justicia, para pronunciarse en favor de la solución adoptada por el codificador y limitar el principio general de separación de los patrimonios. Teniendo en cuenta esa razón, debe analizarse la explicación dada por Lafaille y aceptar que los socios son deudores de los acreedores de la sociedad con un carácter de garantes de las obligaciones de ésta y podría asimilarse su situación a la del principal pagador que legisla el Código, al tratar del contrato de fianza.

Determinado el significado de la parte inicial del artículo 1713, aun sin recurrir a la explicación de la sociedad disuelta y liquidada, queda por aclarar si esa disposición podría llegar a tener importancia decisiva para invalidar la conclusión sentada en favor de la afirmación de la personalidad de las sociedades civiles.

Ante los sólidos argumentos acumulados en pro de la tesis afirmativa, no adquiere relevancia la obligación de garantía establecida por el Código en un reconocimiento de un deber de justicia que no podrían eludir los integrantes de una sociedad. La consti-

deración de la situación análoga de una fianza legal sirve como índice elocuente y definitivo.

Pero existe, además, un argumento de verdadero interés que surge de la fuente del artículo 1713, al pie del cual Vélez Sarsfield no incluyó referencia alguna, pero que, como señala Segovia, fué tomado casi textualmente del 3191 del Esbozo de Freitas, que, en su parte inicial, dice: "Los acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios", es decir, exactamente las mismas palabras que el comienzo de nuestro artículo 1713.

Ahora bien, según se recordó con anterioridad, el jurista brasileño atribuyó personalidad a las sociedades civiles y enumeró a éstas como personas privadas de existencia ideal, en el primer inciso de su artículo 278 y desarrolló esa posición en la nota puesta al pie del artículo.

Vale decir que quien inspiró a Vélez Sarsfield interpretó, con claro concepto, que la circunstancia de ser los acreedores de la sociedad acreedores también de los socios no afectaba el principio de la personalidad, sino que lo reglamentaba en base a un fundamento de innegable equidad.

En consecuencia, puede concluirse con certeza que la sociedad civil goza de personalidad en nuestra ley.

Respondida así afirmativamente la primera cuestión planteada, corresponde dilucidar la segunda, o sea que grado de personalidad tiene, con que características le ha sido atribuida.

La primera posición respecto a este tema sostiene que se trata de una personalidad jurídica plena.

En apoyo de esta tesis se citan, principalmente, algunas de las disposiciones antes mencionadas, como el artículo 1702 referente a la titularidad del dominio sobre los bienes aportados por los socios, el 1711, que define el carácter de terceros de los socios en determinados supuestos, el 1712 que concreta la separación de patrimonios.

Fronte a esas razones favorables, se han opuesto serias objeciones:

En primer término, cabe recordar esa parte inicial del artículo 1713, que significa, como se ha visto, una excepción trascendental a la separación completa de patrimonios, establecida en el antes recordado artículo 39 en relación a los integrantes de las entidades dotadas de personalidad jurídica.

Por otra parte, se ha recurrido a los artículos 45 y 46. El primero dice que: "Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos..." (la parte final requiere la confirmación de los prelados de la parte religiosa).

Y el 46 establece que "Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles, comerciales o religiosas, según el fin de su instituto". La palabra asociaciones no está tomada en este texto en su sentido estricto sino con el significado de todo ente constituido por individuos, por oposición a fundaciones o establecimientos de bien común.

Las notas a las dos disposiciones transcritas son aún más decisivas, si cabe, que sus textos, y resulta de interés recordar algunas de las expresiones contenidas en ellas.

En la primera, que cita a Savigny, se expresa que "la necesidad del consentimiento del Estado para la formación de una persona jurídica tiene su fundamento en la naturaleza misma del derecho". Y más adelante, "Otras consideraciones políticas y económicas hacen indispensable la autorización del Gobierno para crear la persona jurídica".

Aún más elocuente es la nota al artículo 46, que dice: "Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, o meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el Derecho Romano y el Derecho Español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el Código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales".

O sea, que en nuestro derecho la única manera de hacer nacer la personalidad jurídica es la autorización del Estado; los entes que carecen de tal autorización no la tienen y dado que para constituir una sociedad civil no se requiere intervención alguna de la autoridad pública, ya que ninguna exigencia de esta índole se halla establecida en el articulado pertinente, es evidente que no se trata de personas jurídicas.

También se ha señalado que el objeto de las personas jurídicas es siempre el bien común, mientras que el de las sociedades se refiere al interés privado de los socios y, más aún, a una finalidad lucrativa.

Este último razonamiento carece de fuerza demostrativa ya que igual observación podría formularse, también en este caso, a las sociedades anónimas, cuya finalidad también es lucrativa (y lo es en el más alto grado) y cuyo objeto primordial no es necesario que esté ordenado directamente al bien común, no obstante lo cual el Código les reconoce expresamente personalidad jurídica.

Pero, si este argumento carece de relevancia y el primero, fundado en el comienzo del artículo 1713, podría, como ya se ha visto, ser dejado de lado mediante una consideración sencilla, el segundo, en cambio, el rubro de la autorización de la autorización

del Estado para el nacimiento de una persona jurídica, es de tal fuerza que obliga a descartar totalmente la explicación que pretende calificar de personas jurídicas a las sociedades civiles.

Corresponde ahora analizar la posición de la doctrina que les asigna una personalidad limitada, es decir, les reconoce el carácter de personas, pero niega que lo tengan con plenitud.

Para llegar a esa conclusión desarrolla la argumentación siguiente:

Afirma esta corriente doctrinaria, representada por Salvat, fundándose en los textos legales anteriormente analizados, que las sociedades tienen aptitud para ser propietarias y poseedoras de bienes, que poseen un patrimonio propio y que pueden ejercer actos jurídicos y actuar en la vida civil como entes distintos de sus integrantes.

En resumen, sostiene que aquéllas están habilitadas para adquirir derechos y contraer obligaciones, lo cual constituye, precisamente, la definición misma de personalidad en nuestro Código.

Pero, y aquí aparece la limitación, esa personalidad es limitada por cuanto sólo pueden ejercer su aptitud en el campo de los negocios, no pudiendo, por consiguiente, llegar hasta adquirir bienes por título gratuito ni a poseer derechos de familia, como textualmente dice Salvat, en el número 127 del tomo de su tratado dedicado a la Parte General del Derecho Civil.

No resulta convincente la argumentación, que puede recibir respuesta sólida.

La negación de la aptitud de las sociedades civiles para adquirir bienes por título gratuito no tiene fundamento legal y, tratándose de la determinación de una incapacidad, de acuerdo a los principios universales que en derecho consideran a esta materia como de interpretación restrictiva, sería necesario que la ley la hubiera establecido en forma expresa.

Nada de esto ocurre, en el Capítulo que trata "De los que pueden hacer y aceptar donaciones", cuyo primer artículo, el 1804, dice que "Tienen capacidad para hacer y aceptar donaciones, los que pueden contratar, salvo los casos en que expresamente las leyes dispusiesen lo contrario". Es evidente que las sociedades pueden contratar y, como nada disponen a su respecto los artículos siguientes de ese capítulo, donde se determinan las incapacidades, no es difícil rechazar la pretendida limitación.

Con relación a la falta de aptitud de la sociedad para poseer derechos de familia, puede responderse, igual que en el problema de fondo del análisis de esta doctrina, que lo mismo ocurre en cualquier clase de personas jurídicas, las cuales no tendrían razón ni posibilidad de actuar en el campo de tales derechos.

En general, este planteo de la personalidad limitada es vulnerable a un argumento que señala la analogía de la situación de la

sociedad con la de cualquier persona jurídica: todas ellas tienen su aptitud limitada por las finalidades para las cuales fueron creadas.

En base a esas finalidades se redactan los estatutos de la entidad y en ellos se determina el ámbito en el cual está habilitada para desarrollar sus actividades, pudiendo afirmarse que las disposiciones de aquéllos establecen en todos los casos ciertas limitaciones.

A esto, que se aplica universalmente a cualquier persona jurídica, se agrega que la autorización estatal que habilita para actuar a determinada asociación, al acordarle la pertinente personería, solamente es concedida a efectos de que aquélla pueda desenvolver su vida jurídica en el campo determinado por su instrumento constitucional, el estatuto.

De donde resulta que, llevando a fondo el análisis, puede alcanzarse con certeza una conclusión indiscutible: toda personalidad jurídica es esencialmente limitada.

No puede aceptarse, por consiguiente, la explicación que circunscribe ese carácter de personalidad limitada a las sociedades civiles.

Queda, entonces, por analizar la explicación que las califica como personas de existencia ideal.

El fundamento de esta interpretación radica en una distinción entre personas de existencia ideal y personas jurídicas: estas últimas habrían sido legisladas en el libro primero del Código, mientras que aquéllas serían precisamente las sociedades civiles y comerciales.

La clave para determinar la exactitud de este fundamento está en el estudio de las fuentes que tuvo el Código: si la fuente fué Freitas, la interpretación quedaría abonada por un argumento favorable de evidente trascendente; si, por el contrario, se llegara a desechar al autor del Esbozo como inspirador en esta parte, la tesis perdería parte de su fuerza de convicción.

El artículo 33 del Código adquiere así una particular relevancia. Su texto es el que sigue: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones, que no sean personas de existencia visible, son personas de existencia ideal o personas jurídicas".

El problema radica en establecer si el codificador mediante los dos últimos períodos del artículo quiso especificar una sinonimia entre los términos "de existencia ideal" y "jurídicas", o bien sí, por el contrario, fue su intención señalar una distinción entre dos categorías diferentes de entidades.

Al pie del artículo no hay referencia alguna, pero, como ocurre de ordinario en casos análogos, la obra de Freitas ha estado

presente cuando Vélez redactaba la disposición. Segovia así lo señala e indica los artículos 272 y 273 del Esbozo.

Si se acepta esta indicación del gran comentarista argentino, la batalla está ganada por los defensores de la tesis de la personalidad de existencia ideal de las sociedades; si se rechaza y se sostiene que la fuente fue únicamente el artículo 272, otra es la posición, aunque el resultado no aparece tan decisivo.

Dice el artículo 272 del Esbozo: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal". Al pie de este artículo se encuentra la célebre nota en que Freitas destaca que por primera vez se incluye un ordenamiento sistemático referente a las personas de existencia ideal, analiza la terminología y las calificaciones del caso, etc.

Y el artículo 273 expresa: "Las personas de existencia ideal, o son públicas o privadas. Las públicas tienen en este Código la denominación de personas jurídicas". En la nota correspondiente, Freitas insiste en la necesidad de dar la denominación de personas jurídicas a una de las categorías de personas de existencia ideal y se remite a lo expuesto por él mismo en la nota al artículo 17, en todo lo cual ha seguido la inspiración de Savigny.

La enumeración posterior de las personas jurídicas coincide (artículos 274 a 276) con la del artículo 33 de nuestro Código, donde nada se dice sobre otra clase de personas, mientras que el Esbozo enumera, a su vez, a las personas privadas de existencia ideal en el ya mencionado artículo 278, que incluye, en su primer inciso, a las sociedades civiles y comerciales, según ya se indicó, y menciona después a las herencias yacentes y las representaciones.

En base a la supresión de esta parte hecha por Vélez, ya que resulta evidente que en nuestro derecho las herencias yacentes y las representaciones carecen de personalidad, se ha sostenido que el codificador se apartó del modelo y que, por lo tanto, el artículo 33 ha querido significar que existe un solo tipo de personas de existencia ideal, las jurídicas.

Sin embargo, parece más exacta la interpretación de Segovia cuando señala como fuentes de nuestro artículo 33 las dos disposiciones del Esbozo, lo que es congruente con lo dispuesto por el artículo 46, anteriormente citado, y que abre la posibilidad de la existencia de sujetos de derecho que no serían personas jurídicas.

La fuente de esta última disposición es también la obra de Freitas, cuyo artículo 308 dice: "Si cualquier corporación no tuviera existencia legal como persona jurídica, será considerada como simple sociedad civil o comercial, según el fin de su institución; salvo cuando fuese de la clase de las sociedades prohibidas, o de cualquier modo se opusiere al bien público, a la moral o a las buenas costumbres".

Esta redacción del modelo resulta incuestionablemente más clara, pero de cualquier manera la referencia a la fuente sirve para interpretar, una vez más, el pensamiento del codificador y la inspiración que lo guió: Vélez Sarsfield siguió en esta materia al Eshboço, apartándose sólo en algunos aspectos parciales.

En el tema de la personalidad de existencia ideal, suprimió la atribución de tal cualidad a las herencias yacentes y a las representaciones y, debido a ello, en ningún otro lugar del Código se encuentra referencia alguna a que puedan ser consideradas como sujetos de derechos y obligaciones.

En cambio, las sociedades, como ya se ha puesto de relieve al analizar las disposiciones legales pertinentes, aparecen en circunstancias muy claras y definidas como verdaderas personas y con ellas, precisamente, se integra la categoría de la de existencia ideal que no son personas jurídicas.

Esta parece ser la interpretación adecuada.

En resumen, cabe afirmar que las sociedades civiles son, en nuestro Código, personas, susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones y que su personalidad entra en la categoría de las personas de existencia ideal que no son personas jurídicas.

La jurisprudencia ha reconocido la personalidad de las sociedades civiles en numerosas ocasiones: pueden citarse los fallos publicados en J. A., 12-189; 13-762; 20-424; 29-475, etc., y en *La Ley*, 2-1611; 26-716; 51-158; 60-406; 70-447, etc. Como caso excepcional pueden mencionarse una sentencia de la Cámara Civil, J. A., 42-602, en la que les fue negado el carácter de personas.

Es interesante recordar que, en Francia, donde los textos del Código Napoleón no permiten llegar a una conclusión tan definida como en nuestra ley, la jurisprudencia debió abocarse al estudio del tema y, tras diversas soluciones contradictorias, coincidentes con posiciones doctrinarias también encontradas entre sí, el asunto fue resuelto en forma definitiva por la Corte de Casación en 1891.

Como consecuencia de esa posición, y a efectos de tornar más precisa la consideración legal, se propuso en el año 1855 por un proyecto que mereció la aprobación del Consejo de la República y pasó a la consideración de la Asamblea Nacional, un agregado al artículo 1832 del Código Civil Francés, que dijera: "Este contrato hace nacer una persona civil distinta de la de sus socios".

El reconocimiento de la personalidad de las sociedades produce una serie de consecuencias jurídicas de importancia, entre las cuales cabe señalar, tomando dos ejemplos citados por Moreau, en su obra sobre "Les Sociétés Civiles", que la sociedad tienen un domicilio y allí debe ser dirigidos los requerimientos legales del caso, que los derechos de los socios revisten carácter mobiliario, aun cuando el patrimonio de la sociedad estuviere constituido úni-

camente por inmuebles y que la prescripción no se suspende frente al ente social por la minoridad de sus integrantes.

Esto demuestra que, aparte del indudable interés doctrinario que la elucidación del tema presenta, existe también una importante repercusión práctica que se desprende de las conclusiones a que se llegue en su estudio.

VII. — LÍMITES DE LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

La naturaleza misma del contrato de sociedad y la circunstancia de ser fuente de obligaciones y, además, origen de un sujeto de derechos, han llevado al codificador a determinar, en una enumeración particular, una serie de cláusulas, algunas prohibidas, otras permitidas expresamente, que configuran los límites dentro de los cuales puede desenvolverse la libertad de quienes desean vincularse por medio de esta figura jurídica.

En realidad, se trata de una serie de previsiones que son consecuencia de principios generales sobre los actos jurídicos, sobre los contratos en general y sobre el de sociedad en particular. Por consiguiente, podría sostenerse su inutilidad, ya que surgirían por sí mismos del análisis de esos principios, pero parece acertada la técnica elegida por el codificador, que ha significado la eliminación de problemas de interpretación, que hubieran podido presentarse con cierta frecuencia en el terreno práctico.

En el Código Francés, antecedente del nuestro en muchos pasajes relativos al contrato de sociedad, no existe una enumeración semejante y la referencia de Vélez, en la nota puesta al pie de los artículos 1653 y 1654, al artículo 1855 de aquella ley remite a una disposición que enfoca el caso particular de la sociedad leonina, en sus dos aspectos, el de eliminación de un socio de la participación en las utilidades o de la contribución a las pérdidas que pudieran producirse, convenciones que sanciona con la nulidad.

La enunciación contenida en los artículos 1653 y 1654, que determinan en conjunto los límites de la libertad de las partes, ya que uno se refiere a las cláusulas prohibidas y el otro a las permitidas y que parece, por consiguiente, oportuno comentar conjuntamente, así como Vélez los vinculó al dedicarles una sola nota a ambos, tiene otra fuente, el Esbozo.

Sin embargo, en esa nota conjunta, se hallan abundantes referencias a comentaristas del Código Napoleón, ya que se cita a Troplong, a Aubry y Rau y a Duranton, además de mencionarse a los Códigos Napolitano, de Vaud, Holandés, Austríaco y Prusiano y a textos romanos y del antiguo Derecho Español.

Esa mención de los comentaristas del Código Napoleón, que Segovia completa aún más, al recordar a Pont, es lógica, ya que, a pesar de la carencia de normas análogas en aquella ley, sus estu-

diosos llegaron, mediante su habitual trabajo de exégesis e interpretación, a conclusiones muy aproximadas al contenido de nuestro texto legal, por la razón antes apuntada respecto a su carácter de consecuencias de principios más generales.

No obstante, la fuente directa es, tal como se anticipara, la obra de Freitas en las disposiciones que integran el acápite "De las cláusulas del contrato de sociedad" (artículos 3055 a 3063). El codificador argentino refundió en dos los artículos que integraban tal división del Esbozo, mejorándolo desde el punto de vista metodológico, tal como hiciera, por otra parte, en muchos otros lugares de su obra.

El artículo 1653 sanciona con la nulidad una serie de estipulaciones que se analizan a continuación ("Serán nulas las estipulaciones siguientes...," dice textualmente el comienzo de la disposición):

"1.º — Que ninguno de los socios pueda renunciar a la sociedad, o ser excluido de ella, aunque haya justa causa;"

Están contenidos en este inciso dos derechos recíprocos, de la entidad el uno, del socio el otro, que hacen a la esencia misma de la conducta humana tal como el derecho debe tomarla en consideración.

Si se aceptara la validez de la cláusula que eliminara la posibilidad de excluir a un socio cuando hubiera para ello razón que la justifique, se estaría autorizando la dispensa del dolo, que la sociedad se estaría obligando desde su nacimiento a acordar en las hipótesis que pudieren llegar a presentarse durante la vida de la empresa.

También podría llegar a acordarse, por vía de la admisión de esa estipulación, la facultad del contratante para mantener su calidad de socio con todos los derechos que de ella se derivan sin dar cumplimiento a su obligación esencial de aportar, con lo cual podría llegar a desvirtuarse en su nota más esencial la naturaleza misma del contrato.

Ante esa prohibición impuesta a la sociedad de despojarse frente a sus integrantes de un derecho esencial, el inciso ha impedido también que el socio precinda de una facultad suya, que también es fundamental: si se admitiera que el socio pudiera privarse de la posibilidad de retirarse de la entidad cuando existiera para ello causa justificada, estaría enajenando algo que hace a la persona misma, su libertad, eliminando la cual se desnaturalizaría no sólo el contrato de sociedad sino a la institución contractual en sí misma y en su más íntima substancia.

Es necesario insistir sobre el requisito de la justa causa que la disposición apunta, ya que la renuncia que no la tenga, sea de mala fe o intempestiva, está, por el contrario, expresamente excluida por la ley misma, con consecuencias distintas en cada uno de esos supuestos.

El inciso 2º expresa: "Que cualquiera de los socios pueda retirar lo que tuviese en la sociedad, cuando quisiera":

La previsión de este inciso resulta imprescindible para asegurar la vida misma del contrato y su esencia: la sociedad puede constituirse o bien por un plazo determinado, o bien para el cumplimiento de un negocio o de una serie de actividades. En el primer caso, corresponde aplicar los principios generales sobre las obligaciones a plazo, de manera que no requiere aclaración ninguna.

Respecto a la formada para la realización de un negocio concreto, también se hace claro que no sería admisible que quienes se comprometieron a sumar sus esfuerzos para llevarlo adelante, pudieran negarlo retirando su apoyo cuando lo consideraren conveniente.

Con relación a la tercera hipótesis, entra a jugar, precisamente, la regulación de la renuncia intempestiva, que confirma lo dispuesto en el artículo, ya que pactar una cláusula como la prohibida en él implicaría destruir toda aquella regulación.

Por otra parte, en todos los casos debería tenerse en cuenta para justificar la posición de la ley la reglamentación del aporte y las consecuencias que, en las diversas oportunidades, se presentarían.

Si quien pretendiera reservarse la facultad de retirarse de la entidad fuera un socio industrial, al dejar de cumplir con las obligaciones de hacer pactadas, podría provocar la paralización total de las actividades de la empresa. Cabe recordar aquí que el artículo 1759 da a cualquiera de los socios el derecho de disolver la sociedad en caso de muerte del socio industrial, lo que ratifica la importancia que, con acertado criterio, atribuyó el codificador al aporte de esta clase de miembros.

Si fuera un socio capitalista cuyos aportes consistieran en el uso y goce de bienes, la privación de su utilización, en el desarrollo de las actividades de la sociedad, impediría el desenvolvimiento que fuera tenido en mira al contratar y, por consiguiente, se desvirtuaría lo acordado que, en esencia, quedaría incumplido.

Si se tratara de aportes consistentes en el dominio de las cosas, la situación resulta aún más clara, por cuanto habría existido una transferencia de propiedad sobre esas cosas y el traspaso de ese derecho real no podría ser dejado sin efecto por la sola voluntad unilateral del socio, lo cual se opondría, en primer término, a la regulación directa de la sociedad como persona y la separación de patrimonios que ella trae aparejada e, inclusive, a los principios más generales y elementales del derecho, definidos en materia de dominio.

El inciso 3º dice: "Que al socio o socios capitalistas se les ha de restituir sus partes con un premio designado, o con sus frutos, o con una cantidad adicional, haya o no ganancias".

Esta previsión legal no requiere comentario extenso, ya que la inclusión de una cláusula como la proscrita por este inciso importaría la posibilidad de que alguno, o algunos, de los socios no compartieran los riesgos de la empresa, lo que significaría la ausencia de uno de los requisitos esenciales del contrato mismo.

Sería una de las hipótesis de sociedad leonina expresamente prohibida desde largo tiempo atrás, y que, como ya se comentara, motivó una grave preocupación de Pothier, que tuvo reflejo en el Código Napoleón, cuyo artículo 1855 castiga con la nulidad a la convención que liberara a cualquiera de los socios de "contribuir a las pérdidas con las sumas o los bienes aportados al fondo social".

Nada se opone, en cambio, a la fijación de participaciones diversas, tanto en el supuesto de utilidades como de pérdidas: la proporción a fijar es libre; no lo es la necesidad de participar.

El 4º: "Asegurar al socio capitalista, su capital o las ganancias eventuales".

El comentario formulado al inciso anterior es aplicable en esta hipótesis, por cuanto se trataría también de un caso en que el capitalista no participaría de los riesgos.

El 5º: "Estipular en favor del socio industrial una retribución fija por su trabajo, haya o no ganancias".

El caso es análogo al anterior pero referido al socio industrial en lugar del capitalista, ya que la frase "haya o no ganancias" implica la eliminación del riesgo y puede, por consiguiente, reducirse la hipótesis a las anteriormente tratadas, con el único cambio referente al sujeto.

Por otra parte, al establecer una retribución fija por el trabajo del socio industrial, se llegaría a un apartamiento del concepto fundamental del contrato de sociedad, para entrar en el ámbito de la locación de servicios.

Es interesante recordar aquí el desarrollo efectuado por Blaise, en su referida obra, en que, según las varias categorías de aporte, se produce una aproximación a figuras contractuales diversas: así el aporte de bienes en propiedad se acerca a la compra-venta, la de bienes en uso y goce a la locación de cosas y la industria a la locación de servicios.

En la posición que analiza, la sociedad sería un contrato complejo, donde la realización del aporte constituiría una convención básica que lo integraría, pero no significaría cambio alguno en los requisitos fundamentales de la figura en su integridad, que se seguiría regiendo por las normas que se son propias.

El artículo 1853, cuyos diversos incisos vienen de ser contemplados, limita, pues, la libertad contractual de los socios, privándoles de incluir en las convenciones las cláusulas mencionadas. A continuación de él, como ya se anticipara, Vélez Sarfíeld prefirió enumerar, a efectos de hacer más claro el panorama, otra serie

de cláusulas, a las cuales, en cambio, las declaró expresamente permitidas, refundiendo así las dos disposiciones el cuadro completo que Freitas había desarrollado con tanta amplitud.

El comienzo del artículo 1654 declara, por consiguiente, que: "Son válidas las estipulaciones siguientes:" y sigue la enumeración.

Inciso 1º: "Que ninguno de los socios perciba menos que los otros, aunque su prestación sea igual o mayor;"

Esta previsión de la ley viene a confirmar lo que se dijo anteriormente respecto a la posibilidad de distribuir utilidades o pérdidas en proporción diferente de la que surge de los respectivos aportes de los integrantes de la sociedad y se vincula muy estrechamente con lo dispuesto en el inciso 5º de este mismo artículo, que declara aceptable que esa proporción difiera entre utilidades y pérdidas.

También está relacionado directamente con el artículo 1778, ubicado en el capítulo XI, de la liquidación de la sociedad y de la partición de los bienes sociales, que expresa: "Las pérdidas y ganancias se repartirán de conformidad con lo pactado. Si sólo se hubiese pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A falta de convenio, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, será en proporción a lo que hubiere aportado a la sociedad".

Todo lo cual confirma que la exigencia de la ley radica en la participación en las utilidades o en los quebrantos pero que existe amplia libertad para pactar las proporciones de esa participación, siempre que no se llegue al acto simulado, que desvirtúa el contrato.

Es interesante recordar que Freitas, al redactar el artículo 3602, inciso 3º, análogo al inciso 5º de nuestro 1654, le agregó como parte final la siguiente mención, "a menos que haya simulación o fraude respecto a lo dispuesto en el artículo 3058, inc. 3º", que se refería a las cláusulas prohibidas. Con ello, el autor del Esbozo estuvo más expreso, pero parece evidente que, aunque Vélez no haya usado igual expresión, la aplicación de los principios fundamentales lleva a idénticos resultados.

El inciso que sigue es, probablemente, el que ha dado lugar a mayores dudas y disquisiciones doctrinarias. Dice: "2º Que cualquiera de los socios tenga derecho alternativo, o a una cantidad anual determinada, o a una cuota de las ganancias eventuales";

Considerado en su redacción literal, el texto parece chocar con los principios generales referentes al contrato de sociedad, lo cual exige que se le someta a un análisis más detenido a efectos de darle la interpretación correcta.

Lafaille señala que la entrega de una suma periódica fija a uno de los componentes sólo sería admisible si se tratara de socios capitalistas y aun esto con sujeción a las pérdidas. Es evidente que si así no fuere se violaría lo dispuesto expresamente por el artículo 1653, inciso 5º, y lo establecido, asimismo en cuanto al aporte y a la participación del socio industrial en las pérdidas de la empresa, ya que éste únicamente pierde el trabajo prestado, según dispone el artículo 1779, que dice: "Si el socio industrial se hubiese obligado como los otros socios a dividir las ganancias o pérdidas, se entenderá que su pérdida es sólo de la industria que puso". Por consiguiente, si recibiera una suma prestablecida por su tarea, habría recibido una remuneración y nada habría perdido.

Por otra parte, se ha indicado que sería una cláusula permitida por el codificador a efectos de no cerrar totalmente la posibilidad de constituir una sociedad a personas que necesitaran asegurarse para su subsistencia una cantidad mínima de la que no podrían prescindir por su situación financiera particular. Para tales supuestos, se dice, el codificador, sin dejar de imponerles una participación en las pérdidas, esencial para que exista el contrato de sociedad, les ha acordado la posibilidad de optar entre la seguridad de la cantidad fija o determinada o la participación que se hubiese previsto en el contrato.

La explicación, aunque plausible en cuanto a la razón de solucionar una necesidad práctica y aun de un enfoque en cierto sentido justo, no resulta totalmente satisfactoria desde el punto de vista de una estricta valoración jurídica y requiere ser completada.

Ese complemento que falta consiste en especificar que tal derecho alternativo únicamente podría tener lugar en caso de existir ganancias.

Así surge de las fuentes y los inspiradores del Código.

Freitas, fuente directa del inciso, dió igual redacción textual al inciso 8º de su artículo 3062, pero cabe destacar que el encabezamiento de esta disposición se refiere a las estipulaciones que libremente se pueden acordar respecto a las utilidades, vale decir que solamente tiene relación con el caso de existir ganancias. En nuestro Código, se ha omitido ese comienzo en la disposición debido a que Vélez Sarsfield refundió en un solo artículo las varias disposiciones en que el Esbozo consideró a las cláusulas que los socios podían válidamente incluir en los contratos sociales.

A título complementario, puede observarse que la situación de quienes requiriesen la seguridad de una entrada periódica fija fue considerada por el jurista brasileño en otra parte del mismo artículo, el inciso 4º, donde hizo la salvedad de considerar el tema teniendo en cuenta, inclusive la circunstancia de no existir utilidades, ya que dice: "Que tenga derecho, aún no habiendo utilidades, de percibir periódicamente una cantidad determinada; con

tal que el aporte quede sujeto a las pérdidas". Se trataría, por consiguiente, de los llamados retiros a cuenta, cuyos importes no quedarían definitivamente adquiridos por el socio, sino que seguirían sometidos a las vicisitudes de la actividad societaria.

A la misma conclusión se llega si se analiza la obra de Pont, que comentando el artículo 1855 del Código Napoleón, estudia precisamente la posibilidad de incluir una cláusula análoga a la permitida por el inciso que se está comentando.

Afirma el jurista francés que una convención semejante no caería dentro de la prohibición genérica del artículo 1855 que castiga a las sociedades leoninas. Se refiere, en su acopio de antecedentes, a un texto de Ulpiano, que no la consideraba ilícita, ratifica su convicción respecto a la validez de la previsión y hace jugar un argumento relacionado con los riesgos de la empresa que los asociados deben afrontar y que sirve para calificar cualesquiera disposiciones de un contrato social.

En ese sentido, destaca que si la suma determinada en base a la proporción establecida para la participación del socio, puede resultar demasiado elevada en relación con las utilidades de los demás integrantes, esa posibilidad está balanceada por su contraria, es decir, que, en otras circunstancias, la suma fija sea pequeña en relación con las ganancias de los demás. Y en esto ve, precisamente, el recto juego de los conceptos referentes al riesgo.

Pero, de todas maneras, lo interesante es la base con que Pont considera el tema, o sea la existencia de utilidades como presupuesto indispensable para la aplicación de la cláusula, con lo cual queda confirmada la asseveración anteriormente hecha. Si no hubiera ganancias, las sumas fijas percibidas por el socio quedarían como retiros a cuenta y deberían ser imputados a utilidades sayas en el futuro, o bien restituidas si tales beneficios no llegaran a producirse.

También el inciso siguiente merece alguna observación: dice: "(3) Que la totalidad de las ganancias, y aún de las prestaciones a la sociedad, pertenezca al socio ó socios sobrevivientes".

Es el caso de las tontinas, muy comunes en la sociedad medioeval y de comienzos del renacimiento. Se trataba de verdaderas sociedades de seguros mutuos, donde se efectuaban aportes periódicos, que iban quedando a favor de los sobrevivientes a medida que iban desapareciendo los constituyentes iniciales. También se podía pactar que la distribución entre los sobrevivientes se hiciera al cabo de un cierto tiempo determinado en relación de constitución de la entidad o con la reducción de los socios a un número preestablecido.

Es bastante discutible que las tontinas constituyan sociedades con los requisitos establecidos en el Código Civil, ya que interviene un elemento aleatorio que nada tiene que ver con la vida de la

empresa y sus actividades, sino que se vincula con la duración de la existencia de los socios. Por otra parte, así parecía entenderlo Vélez en la nota al artículo 1648, cuando al comentar el requisito esencial del propósito de lucro, que es la médula misma de esa nota, afirmaba, "lo mismo decimos de las convenciones tan comunes, de hacer aprovechar a los sobrevivientes de lo que hubiesen puesto los que primero murieron, pues que no hay entre los asociados división de beneficios". Y la frase "lo mismo decimos", se refiere al caso de los seguros mutuos mencionados inmediatamente antes y respecto al cual afirmó que "no forma la sociedad del derecho Civil".

Este inciso, que Vélez tomó del 10 del artículo 3062 del Esbozo, mereció un comentario de Segovia que coincide con lo que se ha expuesto, ya que dice, textualmente, "Consideramos más jurídico y en armonía con la definición de la sociedad, que estas convenciones no constituyan tal contrato, como se dice en la nota al artículo 1650 (en la numeración de la obra de Segovia corresponde al 1648). Troplong, n.º 646, hace estériles esfuerzos para sostener que el contrato conserva el carácter de sociedad".

La exactitud de la crítica del jurista argentino es indiscutible, pero, a pesar de ella y aun del contenido de la nota del artículo 1648, la mención expresa hecha en este inciso 3.º del 1654 obstaculiza cualquier esfuerzo que, por vía de interpretación y aplicando principios jurídicos de innegable vigencia, pudiere llegar a privar de la condición de sociedades civiles a las tontinas u otros contratos análogos.

Inciso 4.º) "Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, ó que el socio ó socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social, pagándose una cantidad determinada".

Es una cláusula usual, cuya finalidad es asegurar la continuidad del ente social impidiendo que por la tramitación de la sucesión de un socio y las decisiones que sus herederos adoptaren, pudiese llegar a afectarse la actividad societaria, con perjuicio evidente para la empresa y sus miembros.

Vélez acordó particular importancia al aspecto de la voluntad de los interesados en el caso de muerte de algún socio y posible continuación de la sociedad entre sus herederos y los socios sobrevivientes, motivo por el cual incluyó el artículo 1670, que dice: "No tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros no consintiesen en la sustitución; ó si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero".

La nota a esta disposición legal es curiosa y expresa: "No encontramos en ningún Código la condición, "aceptada por el

heredero', es decir, que aunque el contrato de sociedad establezca que el heredero ha de entrar en la sociedad en lugar del que lo instituye, debe entenderse si él quisiera ser socio'. El párrafo ó artículo 1285 del Código de New-York, publicado el año 1865, casi es igual al nuestro, y en él se lee el siguiente principio: "Nadie puede ser socio por herencia o de otra manera contra su voluntad". Y, luego, menciona antecedentes recogidos en igual sentido entre los textos del Derecho Romano, reproducidos también en las Partidas.

Es evidente, por lo tanto, la preocupación del codificador por asegurar la continuidad de la sociedad y evitarle las consecuencias que pudieren resultar en detrimento de sus actividades de la transferencia de derechos sociales por causa de muerte de sus miembros. Y también lo es el deseo de respetar la voluntad personal de los socios y de sus herederos.

Dentro del inciso que se está comentando, no se encuentra comprendido el supuesto de designarse de antemano al constituir la sociedad, o durante el desarrollo de la actividad social, la persona que, entre los herederos del asociado, ha de sucederle en sus derechos sociales, si llegare a producirse su deceso.

Este supuesto reviste caracteres especiales y ha motivado, sobre todo en Francia, donde se hizo relativamente común la convención de este tipo, una amplia construcción doctrinaria y jurisprudencial, que ha llevado, en última instancia, a su proscripción, por entenderse que se violan principios generales vigentes en el campo de la sociedad y aun en el campo contractual en general.

Respecto a ella, puede verse el artículo de Jean Gayenet titulado "La clause statutaire de continuation d'une société avec l'un des héritiers d'un associé prédécédé", en que se llega a la conclusión que, en el estado actual de la legislación, una cláusula de tal especie sería nula. A su respecto, podría sostenerse que afectaría las normas de distribución establecidas en el Código y la igualdad que se ha previsto que debe existir entre los sucesores universales e, inclusive, cabría afirmar que queda afectada la prohibición de contratar sobre herencias futuras.

Con el caso legislado en este inciso 4º, se vinculan los artículos 1760, 1761 y 1762, que se refieren a la situación que se plantea en la sociedad cuando fallece alguno de sus miembros. Dice el 1760, "Continuando la sociedad después de la muerte de alguno de los socios, la partición con sus herederos se fijará el día de la muerte del socio, y los herederos de éste no participarán en los derechos y obligaciones ulteriores sino en cuanto sea una consecuencia necesaria de operaciones entabladas antes de la muerte del socio al cual suceden". El 1761, expresa, "Lo mismo se observará aún cuando se hubiese convenido en el contrato social que la sociedad continuaría con los herederos, a no ser que estos y los otros socios conviniesen entre ellos continuar la sociedad". Y,

finalmente, el 1762, estatuye, "Los negocios pendientes de la sociedad continuarán con los herederos del socio muerto".

El inciso 5º dice: "Que consistiendo la prestación de algún socio en el uso o goce de una cosa, la pérdida de los bienes de la sociedad quede a cargo sólo de los otros socios".

En su contenido textual, esta disposición resulta inaceptable por oponerse a los principios esenciales del contrato de sociedad, ya que parecería desprenderse que sería suficiente que el aporte de un socio consistiera en obligaciones de dar el uso y goce de algunos bienes para que ese integrante de la sociedad pudiese eximirse la participación en las pérdidas, que tantas veces ha recalcado el codificador como esencial en esta convención.

Se hace, entonces, indispensable interpretar el verdadero sentido de la disposición y, para ello, una vez más, es conveniente ocurrir a la obra de Freitas, en cuyo artículo 3063 inciso 2º se encuentra la fuente de aquella y que dice: "Que siendo el aporte de uso y goce, la pérdida de los bienes que lo integran quede a cargo del otro o de los otros socios".

Mediante la inserción de una mención como la prevista, el socio limita sus posibilidades de pérdida en cuanto al bien aportado al uso y goce del mismo, y evita la posibilidad de responder también con una parte alícuota del valor del mismo en caso de destrucción del bien por cualquier causa.

La participación del socio en las pérdidas sigue siendo efectiva por cuanto comprende el uso y goce y sólo es diferente de la que correspondería a los demás integrantes, en todo lo cual hay una aplicación más del principio ya comentado que establece la posibilidad de dividirlos en las proporciones que los socios consideraren convenientes, aunque no sean iguales ni guarden relación con el valor de los respectivos aportes.

El mismo espíritu informa el último inciso del artículo 1854, el 6º, que dice: "Que cualquiera de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporción en que participa en las ganancias".

He aquí la enunciación misma del principio que inspira a los incisos 1º y 5º que ya fueron comentados y que se refleja, como también se señalará en el artículo 1778. La posición de Vélez es ponderable, ya que revela una inteligente elasticidad para legislar el problema de las proporciones en las participaciones en los resultados de la empresa, que permite a los socios tomar en cuenta factores, que no se reflejan exactamente en el aspecto matemático de las relaciones de valores pecuniarios.

Sin embargo, las desproporciones no podrían ser tales que desvirtuaren los principios básicos de la sociedad y la transformaren en una convención a título oneroso aparente que, en la realidad, estaría encubriendo una liberalidad o una remuneración a un invisible aporte de influencia.

Corresponderá en cada caso que el magistrado que deba sentenciar en relación con alguna sociedad donde se haya establecido una cláusula de participación desigual entre los socios, proceda a analizar el problema a fin de determinar si reúne los caracteres esenciales del contrato o si éstos están desvirtuados y se pronuncie en consecuencia.

Es de notar que, al pronunciarse, podría resultar que no declarare necesariamente la nulidad del contrato, sino que le atribuyere validez pero dándole la calificación que, verdaderamente, correspondiere, pues sería posible que no pudiera funcionar como sociedad, pero fuera válido como acto de liberalidad.

VIII. — ESPECIES DE SOCIEDADES.

La clasificación de las sociedades puede efectuarse según criterios diversos, de los cuales los que han recibido consagración legal o apoyo doctrinario se refieren principalmente a la amplitud de lo aportado por los socios en relación con su respectivo patrimonio, o a la naturaleza de los actos que la entidad ha de llevar a cabo.

De acuerdo al primer módulo, las sociedades se distinguen en universales y particulares; conforme al segundo, en civiles y comerciales.

1. — Sociedades universales y particulares

En doctrina, esta clasificación reviste un interés evidente y son contados los autores que omiten hacer referencia a ella; en materia legislativa o de legislación positiva, no ocurre lo mismo, ya que algunos Códigos le dedican cuidadosas reglamentaciones, mientras que otros sólo la mencionan para proscribirla.

Ejemplo de legislación que las tiene en cuenta y regula sus condiciones y efectos es el Código Napoleón; de la posición opuesta, lo es nuestro Código Civil.

Cabe recordar lo dispuesto, sobre este tema, por el artículo 1651, analizado ya anteriormente, al estudiar el requisito esencial del aporte y las características que debe revestir. Dice textualmente: "Es nula la sociedad de todos los bienes presentes y futuros de los socios, o de todas las ganancias que obtengan...". Y termina abriendo la posibilidad de aportar la totalidad de los bienes que el socio posea en el momento de constituir la sociedad, siempre que los designe individualmente, y lo mismo en relación al aporte de las ganancias, que deberán ser de negocios ciertos y determinados.

La nota puesta al pie de esa disposición legal contiene un decidido alegato de Vélez Sarsfield en favor de la posición elegida.

Menciona como fuente directa al Código de Chile y pasa luego revista a los Códigos más en boga en su época, señalando que los Códigos Francés, Sardo, de Luisiana y Napolitano admiten las sociedades universales, mientras que los de Prusia, Vaud y Holanda las rechazan y, tras haber transcrito los pertinentes textos de estos últimos, concluye con la frase tan comentada, "Nosotros no admitimos sociedades de capitales inciertos".

Ante la postura adoptada en nuestra ley positiva, la clasificación de las sociedades en particulares y universales y el análisis relativo a éstas, presenta un interés exclusivamente doctrinario.

Por otra parte, aun entre los comentaristas del Código Francés, es común encontrar quienes señalen que también allí las disposiciones referentes a las sociedades universales tienen escasa justificación dentro de un texto legal y que fueron incluidos en él, simplemente, porque reproducían el contenido de la obra de Pothier, revistiendo, por consiguiente, un carácter de verdadero comentario más que de una disposición estrictamente de legislación positiva. Así, justificadamente lo afirma Pont.

También es oportuno señalar que, aun en esas legislaciones donde se les ha dado cabida, las sociedades universales han sido tratadas con un sentido restrictivo, limitando su campo de acción, disponiendo que no puedan transponer ciertos mojonos en su aspecto de universalidad y tendiendo, en todos los casos, a interpretar los preceptos que se les dedican, como las disposiciones de sus respectivos contratos sociales, en la manera menos favorable a su amplitud.

Hay en esto un reflejo de la época que (sin suscribir por esto las afirmaciones de la escuela histórica) rige las normas jurídicas exigiéndoles que se adapten a sus necesidades para cumplir acabadamente sus finalidades esenciales y resulta evidente que, en la actualidad, las sociedades universales están desplazadas, han perdido vigencia y son más un objeto de curiosidad y de investigación histórica que una realidad que requiera ser legislada.

El mismo Pont destaca que, así como la búsqueda de la ganancia, del fin lucrativo puede interpretarse como uno de los signos de los tiempos contemporáneos, también cabe juzgar como otra de sus notas distintivas, a la tendencia al desarrollo de la actividad individual y la consiguiente independencia.

Si bien es innegable que, desde que escribió el estudioso continuador de Marcadé hasta nuestros días, el individualismo se ha atemperado y no reviste hoy los caracteres excluyentes y dominadores que tuvo en la pasada centuria, no por eso ha perdido su preponderancia y hasta podría decirse que, en esta materia, se ha afirmado aún más; ha cedido posiciones frente a un sentido social, de reconocimiento de derechos comunitarios, de protección al débil, de seguridad de la voluntad, hasta de sentido moral, pero de ninguna manera ha dado un paso atrás en cuanto a la posición

de abandono de estas sociedades universales que tendían a vincular a las personas con lazos integrales y tan sujetos que prácticamente no podían desatarse.

Y es evidente que, aun en los países donde son permitidas, las sociedades universales no tienen prácticamente vigencia y se van haciendo cada vez más raras.

Así se está extinguiendo un tipo de entidades que venía desde el Derecho Romano y que va dejando de tener sentido; la realidad ha dado la razón al codificador argentino.

Sin embargo, en un plano doctrinario, siempre resulta interesante observar aunque sea muy brevemente las características que presentan en sus diversos tipos. Aunque se pueden señalar, en último análisis, tres clases diferentes de sociedades universales, la de todos los bienes presentes, la de todos los bienes presentes y futuros y la de ganancias, los dos primeros tipos se han identificado entre sí, desde la antigüedad más remota y han llegado a constituir una sola calificación.

De ahí que el Código Napoleón, en su artículo 1836, hable de dos clases de sociedades universales, la de todos los bienes presentes y la de ganancias, cuyos respectivos antecedentes son la *societas omnium bonorum* y las *societas universorum quae ex quae stu veniunt*, del Derecho Romano.

También en el Código Napoleón, en los artículos inmediatos, están definidas las dos clases.

El 1837 dice que "La sociedad de todos los bienes presentes es aquella por la cual las partes poseen en común todos los bienes muebles e inmuebles que poseen actualmente y el provecho que de ellos pudieren obtener. Pueden comprender, también, toda clase de ganancias; pero, los bienes que adquirieren por sucesión, donación o legado no entran en esta sociedad sino en cuanto a su goce: toda estipulación que tendiere a hacer entrar la propiedad de esos bienes está prohibida, salvo entre esposos y conforme a lo que se dispone a su respecto".

El 1838, por su parte, establece que "La sociedad universal de ganancias comprende todo lo que las partes adquirieren por su industria, por cualquier título que fuere, durante el curso de la sociedad; los muebles que cada uno de los asociados posee al tiempo del contrato están también incluidos; pero sus inmuebles particulares únicamente entran en la sociedad en cuanto a su uso y goce".

Estos conceptos del Código Francés han sido aceptados generalmente por la doctrina.

Como puede apreciarse, aún en su forma más amplia, la sociedad de todos los bienes presentes, se han introducido restricciones que le impiden llegar al establecimiento de una verdadera comunidad-universal del tipo de la que existe entre los esposos.

Sería posible, indudablemente, que, con posterioridad a la constitución de la entidad, al recibir algún bien por herencia o donación, el socio procediere a incorporarlo al patrimonio de aquélla; pero, en tal caso, se trataría del aumento convencional del aporte y, por ende, del capital social mediante la agregación de un nuevo bien presente.

Ello representa una limitación evidente respecto al concepto antiguo y al medioeval de la sociedad universal, ya que, en esas épocas, los socios gozaban de la mayor libertad para prever el ingreso de sus bienes futuros a la sociedad, cualesquiera fueren los títulos por los cuales los hubieren adquirido.

En el debate que tuvo lugar en el Consejo de Estado de Francia, al tratarse el pertinente artículo del Código, se produjo una interesante discusión en torno a este aspecto del tema y Cambaceres y Treillard defendieron decididamente la línea aceptada en el antiguo derecho, mientras que correspondió a Bigot-Préameneu sostener la opinión que, en definitiva, triunfó, cuyos argumentos principales pueden hallarse sintetizados en la siguiente frase: "Es de la esencia de la sociedad que las cosas que se aporten sean conocidas, salvo la incertidumbre de los beneficios o de las pérdidas; ahora bien, ello no ocurre en la sociedad de bienes por venir. Nadie puede tener conocimiento de qué sucesiones recibirá y está establecido que ellas no pueden ser objeto de ningún contrato". A estas razones, valaderas sin duda, se agregaba la conciencia que tenía el Consejo de Estado de que las sociedades universales son particularmente aptas para encubrir donaciones simuladas y hasta que constituyen casi siempre verdaderas liberalidades.

De ahí que se haya sancionado con la nulidad, del contrato íntegro, no de la sola cláusula, a las sociedades universales donde se previere la incorporación de los bienes que los socios adquirirán en el futuro por título gratuito.

La sociedad universal de ganancias, en su antecedente romano, comprendía la industria de cada uno de sus integrantes y el total de las utilidades que de ellas se obtuvieran, mientras que los bienes de propiedad de aquellos entraban en el patrimonio social en cuanto a su goce. En el antiguo derecho francés, se modificó la estructura y fueron incorporados esos bienes al patrimonio social, cuando se trataba de muebles.

Esta posición fue adoptada por el Código Francés y, de acuerdo a ella, en las sociedades universales de ganancias pueden distinguirse tres partes diferentes en la composición del activo de su patrimonio: los bienes muebles que poseían los socios en el momento del contrato, los cuales se transfieren en propiedad al ente social; los inmuebles que solamente se le transfieren en uso y goce y el producto de la industria de los integrantes que pertenece totalmente a la sociedad.

Quedan, por consiguiente, excluidos del patrimonio social los bienes que después del contrato, durante la vida de la empresa, adquirieren los socios por cualquier otro título que su trabajo personal.

Ha llegado, pues, a constituir una entidad que establece una estrecha y muy amplia vinculación entre las partes, ya que éstas ven comprendida dentro del ámbito de la actividad societaria el total de su tarea y, asimismo, buena parte de sus bienes. Parecía más razonable la posición del Derecho Romano, que se ajustaba mejor al espíritu de la convención, cuya esencia y hasta su denominación misma están diciendo bien a las claras que las partes han procurado desarrollar sus respectivas industrias y poner en común los resultados que obtuvieren, pero nada más.

No parece justificada, por consiguiente, la incorporación de ninguna clase de los bienes comprendidos en el patrimonio del socio en el momento de formarse el contrato y sólo se alcanza la razón jurídica de la solución diversa respecto a los muebles y a los inmuebles por el concepto tan generalizado en la época de sanción del Código Napoleón respecto a la distinta importancia que revestían unos y otros, que llevaba a no acordar trascendencia alguna a los de la primera especie; en base a ello, se legislaban en relación al tema de la sociedad universal de ganancias como verdaderos accesorios de la actividad personal del asociado.

Conforme al sentido de interpretación restrictiva que pre- scribe la legislación sobre sociedades universales, se ha establecido que, en caso de silencio del contrato, funciona una presunción que lleva a juzgar a la entidad como sociedad universal de ganancias. En el Código Francés esto está expresamente determinado por el artículo 1859.

Es interesante recordar que, en el informe al Tribunalado pre- parado por Bouteville, al tratar de esa disposición del Código Na- poleón, se indicó que la presunción legal tenía como motivo prin- cipal determinante que la sociedad universal tendía a una "expro- piación" de los bienes del socio y su transferencia a la entidad y que, por consiguiente, debía, en todos los supuestos, ser interpre- tada restrictivamente. El argumento, aceptado y reproducido en general por los autores, se ajustaba más perfectamente, como bien lo destaca Pont, a la regulación de la institución en su forma romana.

Quedaría por señalar, a efectos de determinar con más preci- sión el concepto que las sociedades universales han merecido a las legislaciones positivas que las han aceptado, un texto del Có- digo Francés relativo a la capacidad necesaria para constituir las y que es muy sugestivo al respecto.

Ese artículo, el 1840, dice: "Ninguna sociedad universal pue- de tener lugar sino entre personas capaces de donarse o recibir

recíprocamente la una de la otra y a las cuales no les está prohibido beneficiarse en perjuicio de las otras personas”.

La referencia a la donación en materia de capacidad en relación a un contrato que, por su naturaleza, es bilateral, oneroso y conmutativo, no tendría justificación si no fuera porque el legislador tenía en mira la verdadera razón de ser de la sociedad universal, que envuelve, en casi todos los casos, una intención de liberalidad.

Todo ello hace que esta institución, tan extendida en el medioevo, haya ido perdiendo más y más su vigencia y que constituya, en cierta manera, una hipótesis de sociedad anómala.

2. — Sociedades civiles y comerciales.

Esta clasificación se aplica a las sociedades particulares y reviste particular interés en el derecho argentino y en el ámbito de la legislación universal.

La consideración de este tema requiere algunas observaciones previas: en primer lugar, corresponde recordar lo que ya se dijo respecto a la importancia de las entidades de una y otra categoría en la sociedad contemporánea y a su respectiva legislación y, en segundo término, puede señalarse una reflexión que se relaciona con la metodología con que se suele tratar este problema y que puede dar origen a confusiones.

Al comienzo de este comentario referente al contrato de sociedad en el Código Civil, se destacó la necesidad de centrar en su verdadero valor la afirmación común entre nuestros tratadistas respecto a la pérdida de importancia de las sociedades civiles en los últimos años y, por consiguiente, a la disminución del valor e interés de las normas positivas destinadas a regularlas, que, ante el incremento adquirido por las sociedades de tipo comercial, casi no tenían otra trascendencia que la que surgía de su carácter de legislación supletoria para esta especie de entidades.

Se recordó, entonces, que existían todavía en la actualidad ejemplos numerosos de sociedades civiles en nuestro país y se hizo referencia a la enumeración contenida en el Anteproyecto de Biliboni y el proyecto de 1936 que definían perfectamente los campos respectivos de unas y otras entidades, incluyendo entre las civiles (salvo que asumieran la forma de anónimas o comandita por acciones, a las cuales habría que agregar en la actualidad las de responsabilidad limitada) a las que tuviesen por objeto la constitución de derechos reales sobre inmuebles o su locación, a las que se constituyen para la construcción de edificios y obras en inmuebles ajenos, a las que se dedican a la explotación agrícola, ganadera o forestal de inmuebles propios o arrendados, a las formadas entre artesanos o profesionales para los trabajos o ejercicio

de las profesionales manuales o liberales de los socios, a las que tengan por fin la explotación minera o de aguas comunes, minerales o termales y hasta a aquéllas que "Tengan por objeto la explotación de ramos no incluidos entre los actos de comercio" (Art. 1974 del Anteproyecto).

De la simple enumeración referida, se extrae la conclusión válida de la trascendencia que aún en la actualidad mantienen las sociedades civiles y la legislación que las regula.

La observación metodológica mencionada es la siguiente: es común también entre los tratadistas, al considerar la distinción entre el contrato de sociedad y otras figuras jurídicas, tratar la diferenciación entre las sociedades civiles y comerciales, camino que eligen por la circunstancia de referirse principalmente en su estudio a las entidades del primer tipo.

Sin embargo, esa posición no parece justificada pues el análisis del contrato de sociedad debe tratarlo integralmente, en toda su amplitud, lo cual implica la consideración de los principios fundamentales que se aplican tanto a las entidades mercantiles como a las civiles.

Esta afirmación está confirmada por la circunstancia de ser precisamente, como antes se hiciera notar, las disposiciones del Código Civil supletorias de las que el Código de Comercio dedica a las sociedades, lo cual obliga a tener en cuenta sus lineamientos básicos.

Recordando un viejo principio filosófico de invariable vigencia, "la parte está comprendida en el todo", surge con toda evidencia que las disposiciones del Código Civil se aplican a las sociedades comerciales como lo referente al género rige para la especie. La circunstancia de existir normas específicas para cada tipo o categoría nada quita al principio lógico ni a sus consecuencias.

Formuladas estas breves consideraciones previas, cabe destacar que la importancia que reviste esta clasificación en la actualidad, que es grande y se pondrá luego de relieve, fue aun mayor en algún momento histórico y, especialmente, en algunos países.

Puede recordarse, en tal sentido, el caso de Francia, cuya legislación ha sido fuente principal en lo referente a sociedades de muchas leyes contemporáneas, inclusive, de la nuestra. Hubo una época en que allí no se reconocía la personalidad de las sociedades civiles, mientras que las comerciales gozaban de ella, con las consecuencias jurídicas decisivas que surgían de tal diferencia en cuanto al status de unas y otras. Recién en 1891 la Corte de Casación resolvió el problema reconociendo a todas las sociedades, tanto civiles como comerciales, la personalidad y definió la posición de la jurisprudencia francesa, que como antes se dijera, se ha mantenido invariable hasta nuestros días.

Sin embargo, es muy grande el interés práctico de la distinción, aún hoy y en la Argentina, por existir substanciales diferencias entre los respectivos regímenes legales, las más importantes de las cuales son los siguientes:

a) En materia de forma: La sociedad civil, tal como lo dispone el artículo 1682, puede ser constituida verbalmente o por escrito, debiendo realizarse el contrato por escritura pública cuando el capital de cada socio excediere la suma de mil pesos o algunos de los bienes aportado fuese inmueble, según estatuye el inciso 2º del artículo 1184.

Las sociedades comerciales, por su parte, están sometidas a ciertos requisitos de forma que no se aplican a las civiles y que están tratadas en los artículos 289 y siguientes del Código de Comercio que requieren que el acto respectivo contenga algunas enunciaciones específicas. Así, el artículo 289 exige que se redacte por escrito todo contrato de sociedad que "recae sobre cosa cuyo valor excede de mil pesos", permitiendo que el instrumento sea público o privado. Y el 291 exige para toda clase de sociedades comerciales que el acto contenga una serie de datos, que a continuación se mencionan: nombre y domicilio de los integrantes; número y valor de las acciones si las hubiere; razón social o denominación de la compañía, tomada de su objeto; domicilio de la empresa; nombre de los socios que pueden usar la firma social y de los que pueden obrar a nombre de la entidad; monto del aporte de cada socio en dinero, crédito u otros bienes, con expresión del valor que se les haya asignado a estos o de las bases para su tasación; participación que corresponderá a cada socio en las ganancias y en las pérdidas; forma de liquidación y de partición de los bienes sociales; si fuere por plazo determinado, tiempo que ha de durar con expresión de su comienzo y terminación y, además como complemento, "todas las demás cláusulas y condiciones necesarias para que puedan determinarse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí o respecto de terceros".

La simple comparación de las disposiciones referentes a uno y otro tipo de entidades pone de manifiesto una diferencia substancial; frente a la gran amplitud que en materia de formas concede la ley a la libertad en el campo de la sociedad civil, en el ámbito de la sociedad comercial ha dictado una reglamentación sumamente precisa y detallada, al través de la cual, inclusive, se hacen claras otras diferencias entre las dos especies afines al fondo, como la que se refiere al nombre y la razón social.

b) En cuanto a la publicidad: mientras las sociedades civiles no están obligadas a cumplir ningún requisito, la solución legal respecto a las comerciales es diametralmente opuesta, ya que deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio, obligación que el artículo 296 completa aplicando una severa sanción para

el caso de incumplimiento de tal requisito: ya que expresa que: "Ninguna acción entre los socios o de estos contra terceros que funde su intención en la existencia de la sociedad será admitida en juicio si no se acompaña el instrumento probatorio de la existencia de la sociedad y de su registro". A continuación, agrega que, al igual que la sociedad irregular, por no haber cumplido los requisitos de forma, sería nula para el futuro y sólo se considerará vigente respecto al pasado.

Es interesante recordar, al comentar este aspecto, que en el artículo 1768 del Código Civil, al referirse a cuando se juzgará concluida la sociedad frente a terceros, el codificador fija esa fecha "cuando su disolución fuese debidamente publicada", siendo ésta la única oportunidad en que hace alguna referencia positiva al tema de la publicidad en la sociedad civil, para la cual, en realidad, ninguna exigencia de tal índole ha sido establecida ya que la frase incidental mencionada carece de viabilidad al no haber ninguna disposición que determine cuándo sería debidamente publicada la disolución ni podría haber alguna exigencia en cuanto a la terminación, al no haber sido impuesta para la constitución de la entidad.

c) En materia de obligación de llevar libros de comercio; conforme al artículo 43 del Código de Comercio, "Todo comerciante está obligado a tener libros de registro de su contabilidad y su correspondencia mercantil", obligación que la segunda parte del mismo artículo y las disposiciones que le siguen reglamentan.

El carácter de comerciantes que revisten las sociedades mercantiles es evidente y, por consiguiente, también lo es su obligación de llevar los libros; deber, en cambio, que no rige respecto de las civiles.

d) En materia de responsabilidad de los socios; conforme a la aplicación de principios generales que rigen respectivamente, en materia civil y comercial, la responsabilidad de los socios de entidades comerciales es solidaria, lo cual no ocurre en las civiles, salvo como sanción en el supuesto de las sociedades de objeto ilícito, donde rige con un sentido de pena, que se agrega a la nulidad del contrato.

e) En materia de jurisdicción, ya que las sociedades civiles se encuentran sometidas a la ordinaria, mientras que las mercantiles lo están al fuero comercial.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 5 del Código de Comercio: "Todos los que tienen calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamento y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario".

f) En materia de liquidación forzosa de bienes; para las sociedades civiles rige la solución del concurso civil, mientras que

para las comerciales se aplican los procedimientos de quiebra o convocatoria de acreedores.

Dice el artículo 1° de la Ley de Quiebras que "De este estado son susceptibles los comerciantes y las sociedades comerciales". Y agrega luego que quienes no revistieren tales calidades también lo serán siempre que se hubieren inscripto en el Registro Público de Comercio y cumplido determinadas condiciones.

De la enumeración efectuada, surge con toda evidencia el interés que existe en la distinción que se trata, la cual, si bien no reviste ya la trascendencia que se comentara en relación a Francia en la época anterior a 1891, mantiene gran importancia práctica.

En cuanto a la diferenciación entre sociedades civiles y comerciales, puede realizarse desde dos puntos de vista diferentes: por razón del objeto y por razón del tipo de sociedad, vale decir que se puede hacer la distinción según razones de fondo o motivos formales.

Desde el primer punto de vista, debe tomarse en cuenta la definición que da el artículo 282 del Código de Comercio, que dice que la "sociedad mercantil es un contrato por el cual dos o más personas se unen, para practicar actos de comercio

Por consiguiente, la sociedad es comercial cuando tiene por objeto la realización de actos de comercio cuya enumeración está contenida en el artículo 8 del mismo Código.

Si se aproxima la enumeración contenida en el artículo 8 del Código de Comercio a la que trae de las sociedades civiles el artículo 1208 del Proyecto de Reformas de 1936, puede apreciarse que existe entre ambas una coordinación satisfactoria.

La jurisprudencia ha elaborado una amplia construcción respecto al carácter de las sociedades civiles y comerciales, tendiendo a ampliar el ámbito de las últimas, pretendiendo, inclusive, al igual que buena parte de la doctrina, especialmente comercial, que toda entidad que revistiere la forma de empresa sería comercial. Sin embargo, no parece posible aceptar este criterio, pues toda sociedad, sea civil o comercial, por su esencia misma, constituye una empresa en el sentido propio de esta palabra que significa la unión de diversas voluntades organizadas para la consecución de un fin común, a lo cual se agrega que en el caso de una y otra especie de entidades, ese fin común debe, por definición, ser un propósito de lucro.

La interpretación, por consiguiente, debe ceñirse a los términos del artículo 8 del Código de Comercio, sin convertirse en extensiva.

Además de las sociedades que son comerciales por su objeto, existen otras que, pese a dedicarse a actividades que no consti-

tuyen actos de comercio, revisten carácter mercantil en virtud de su tipo especial, tal es el caso de las sociedades anónimas, de acuerdo a lo dispuesto por la parte final del artículo 282 del Código de Comercio, anteriormente citado y que dice: "Son también mercantiles las sociedades anónimas, aunque no tengan por objeto actos de comercio".

El Proyecto de 1936 adopta igual solución respecto de las sociedades en comandita por acciones y otro tanto puede sostenerse para las de responsabilidad limitada.

De manera que existen clases de sociedades que por ser específicamente comerciales imprimen ese carácter a la entidad, independientemente del objeto que ésta pueda tener.

Por razones prácticas, para determinar si una entidad reviste carácter civil o comercial conviene comenzar por considerar el tipo de sociedad y, luego, si no fuere de las expresamente calificadas de comerciales, proceder al análisis de su objeto.

En la actualidad, se pronuncia cada vez más el avance de una corriente doctrinaria que preconiza la unificación de las disposiciones relativas a las sociedades con prescindencia de su carácter; esa tendencia entiende que ello significaría un interesante paso en el camino de la unificación del derecho de las obligaciones, dentro de la cual estima al ámbito del contrato de sociedad como un terreno particularmente propicio.