

CAPÍTULO III

CONSTITUCIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES Y COMERCIALES. CONTENIDO DEL INSTRUMENTO CONSTITUTIVO Y CLÁUSULAS QUE PUEDEN INSERTARSE

A. Constitución de las sociedades civiles y comerciales

§ 30. SOCIEDADES CIVILES. — Las sociedades civiles con contrato consensual y formal, *ad probationem*, quedan regularmente constituidas desde que las partes suscriben la escritura pública exigida en el inc. 3º del art. 1184 del Cód. Civil. Sin embargo, habiendo acuerdo verbal o que se haya documentado en instrumento privado, existe por simple acuerdo sociedad de hecho, si su objeto implica la realización de actos civiles.

§ 31. SOCIEDADES COMERCIALES. — Las sociedades comerciales tipo provienen también de un contrato consensual y formal. Formal *ad solemnitatem* ya que las no instrumentadas siempre que tengan objeto comercial así como las de tipo autorizado no constituidas regularmente están comprendidas dentro de la Sec. IV “De la sociedad no regularmente constituida” (arts. 21 y 26, ley 19.550).

§ 32. OMISIÓN O INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS. CÓDIGO CIVIL. — Ni en las sociedades civiles ni en las sociedades

comerciales, en los distintos ordenamientos jurídicos, cuando omiten o no cumplen con los requisitos formales, quitan a la sociedad el carácter consensual, ni las formas exigidas por la ley atañen a la existencia de la comunidad de bienes y de personas, aun cuando en uno y otro caso se le atribuya consecuencias jurídicas distintas.

En el Código Civil se le reconoce existencia hasta el momento en que cualquiera de los socios —inclusive en el supuesto de haberse convenido un término de duración— pida su reconocimiento, liquidación y partición (arts. 1663), sin que los consocios puedan oponerle la nulidad o su inexistencia. Esa sociedad de hecho tiene acción contra terceros que hubieren contratado, sin que tales terceros puedan alegar la inexistencia de ella. Con respecto a los socios, puede ser alegada por los terceros sin que aquéllos —los socios— puedan negar su existencia (art. 1164), estando la existencia de la sociedad a la prueba que se rinda por cualquier medio (art. 1165).

§ 33. OMISIÓN O INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS. LEY MERCANTIL. — Similar situación se contempla en la ley mercantil. Cuando no se la constituya de acuerdo con las formalidades prescritas, tienen efectos semejantes en la ley civil y comercial (arts. 21 y 26, ley 19.550); con excepción de la solidaridad, que es diferente. En efecto, en lo civil los socios responden por la porción viril; en las otras, la responsabilidad es solidaria.

Las formas, en ambos ordenamientos jurídicos, no atañen a la existencia de la sociedad, sino a la prueba de ella. En la ley comercial, las formas conciernen a la *esencia* del tipo de sociedad querido. En consonancia con lo dicho, las formas, en relación al tipo deseado, son *ad solemnitatem*. No cumplidas, la convierten en irregular o nula según el caso.

§ 33 bis. LOS TIPOS SOCIETARIOS EN LA LEY 19.550. GENERALIDADES. — Las sociedades tipo previstas por la ley 19.550

son: la colectiva; en comandita simple; de capital e industria; de responsabilidad limitada; anónima; anónima con participación estatal mayoritaria; en comandita por acciones y las accidentales o en participación.

Ante la multiplicidad de las sociedades tipo, cuya nómina es taxativa²⁸, salvo las reconocidas por leyes especiales y, sin perjuicio de aplicar a éstas los efectos propios de su ordenamiento, la ley prevé disposiciones generales para todas ellas, en cuanto a las formas y a la constitución.

Como principio general establece: “*Es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley*” (art. 17). Esta orientación no es compartida por la ley civil, al permitir cualquier tipo que tenga por objeto actos civiles y encuadre dentro de lo que se establece en el concepto de sociedad (arts. 1650, 1651 y 1652, Cód. Civil).

La ley mercantil, asimismo, en su art. 7º, como norma genérica, dispone que sólo aquéllas quedan regularmente constituidas con la *inscripción en el Registro Público de Comercio*. Este requisito regulariza a la sociedad según el tipo deseado²⁹. Siendo, por ende, una exigencia *ad solemnitatem* que atañe a la esencia del tipo buscado.

§ 34. REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD.

Este requisito *ad solemnitatem*, cual es la inscripción en el Registro Público de Comercio, es constitutivo y presupone un proceso sincrónico cuyo resultado será, como venimos afirmando, la formación “regular” de la sociedad. Demás está decir que la nombrada toma de razón no sana los eventuales vicios que pudiera contener el contrato.

Así tenemos en la formación de una sociedad:

a) Debe celebrarse un contrato de sociedad. Esto es, un acuerdo de voluntades tendiente a la formación de una persona jurídica que se pretende crear (art. 4º, ley 19.550), para lo cual deberán concurrir los elementos que atañen a la existencia (plu-

²⁸ Exposición de motivos de la ley, Sec. I, Cap. I.

²⁹ CNCom, Sala A, 13-10-64, LL, 117-438.

ralidad de socios, consentimiento, objeto, causa) y los elementos de validez (capacidad, forma y objeto lícito) de los que nos ocuparemos oportunamente.

b) El acuerdo debe instrumentarse, y puede ser privado o público. Con esta solemnidad debe documentarse la constitución y sus posteriores modificaciones (art. 4º).

Si se efectúa por instrumento privado, las firmas deben ser ratificadas ante el juez de comercio, quien oportunamente ordenará la inscripción. (La ratificación no será necesaria en caso de hacerse por instrumento público o si las firmas son, en el caso de ser en instrumento privado, autenticadas por un escribano público u otro funcionario competente [art. 5º].) Esto último en razón de que, en ambos casos, el funcionario hace plena fe mientras no sean argüidos los instrumentos de falsedad (arts. 993 y 979, inc. 2º, Cód. Civil).

Se ha discutido, con respecto a las sociedades anónimas si deben constituirse por escritura pública (art. 165). Entendemos que deberá efectuarse por escritura pública que es el único instrumento público que tiene ese carácter en el momento mismo que los constituyentes emiten su voluntad. La controversia doctrinal surge a raíz de la poco feliz modificación que el Ministerio de Justicia realizó al art. 165 del Anteproyecto. Frente a su omisión, corresponde la sanción de irregularidad³⁰.

c) Antes de la presentación al juzgado de comercio respectivo, deberá cumplirse con todos los requisitos legales y fiscales, de acuerdo con cada tipo societario.

Cuando se estudie con detenimiento el art. 11, de la ley 19.550, se apuntarán algunas de las exigencias de cada tipo.

³⁰ Sobre el criterio sustentado ver Quaglia, Alfredo Gustavo, *Factor*, 7-2-75, nº 278. Véase sobre el tema: Zavala Rodríguez, Juan Carlos, *Constitución y modificaciones de las sociedades por acciones. La escritura pública*. Bs. As., Astrea, 1973; Roitman, Horacio, *El requisito de la escritura pública en la constitución de la sociedad anónima en la ley de sociedades comerciales*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1972, p. 673; Zamenfeld, Víctor, *Constitución de sociedades por acciones bajo la ley 19.550*, en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1972, p. 687; Llach, Antonio, *Estudio interpretativo de las normas formales contenidas en la ley 19.550*; Gutiérrez Zaldivar, Alvarado, LL, 147, p. 1045.

d) Cumplidos que hayan sido esos trámites, se presentará el instrumento constitutivo al juez de comercio, quien, de conformidad con el art. 6º, está obligado a efectuar un examen de legalidad y, previa publicación de los edictos, y su reglamento si existiere, ordenará la inscripción en el registro correspondiente ³¹.

La publicación es previa a la toma de razón (art. 6º). Las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades por acciones deben publicar durante un día, en el diario de publicaciones legales, un resumen del instrumento constitutivo, de acuerdo con la reciente reforma al art. 10, por la ley 21.357.

Cualquier publicación que se ordene, sin determinar el órgano de publicidad o el número de días, se efectuará una sola vez en el diario de publicaciones legales de la jurisdicción que corresponda (art. 14).

e) La disposición judicial que ordena la inscripción del acto constitutivo de la sociedad, su estatuto y modificaciones en el Registro Público de Comercio, concierne a la esencia misma del tipo de sociedad.

La sociedad *sólo* se considera regularmente constituida por su inscripción en el Registro respectivo, como lo dice el art. 7º antes referido. La ley 19.550 cuando se refiere a las sociedades accidentales o en participación —éstas tienden a la realización de una o más operaciones determinadas o transitorias (art. 361) que habrán de cumplirse mediante las aportaciones comunes y a nombre personal del socio gestor—, les niega el carácter de sujetos de derecho, liberándolas, por ende, de los requisitos de forma e inscripción en el Registro ³².

³¹ "La inscripción de la sociedad en los registros de los domicilios de cada sucursal ha sido impuesta en interés de los terceros, a fin de dar publicidad al contrato y se funda en el hecho de que cada sucursal tiene ese domicilio especial para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales. Su omisión no produce consecuencia alguna en el contrato social anotado en el lugar de su otorgamiento ni altera sus efectos." STEntre Ríos, 29-6-65, LL, 119-259.

³² "No todos los actos societarios deben inscribirse en el registro, sino, fundamentalmente, los constitutivos y modificatorios de ellos, aparte de los que expresamente designa la ley. Corresponde inscribir las decisiones de la asamblea que ordena el aumento de capital, pero no los actos de administración para la emisión de las acciones correspondientes. Los actos no sujetos a inscripción pue-

§ 35. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO PÚBLICO DE COMERCIO. — El Registro Público de Comercio, cuando se trate de sociedades por acciones, tiene que remitir copia del contrato social y de los documentos pertinentes, a más de la correspondiente constancia de inscripción, al Registro Nacional de Sociedades por Acciones. A su vez, es obligación del registro donde se haya hecho la toma de razón del contrato, llevar un legajo por cada sociedad, con los duplicados de las diversas inscripciones —si fuera el caso— y demás documentaciones relativas a ella.

En consecuencia, tal como se desprende de la ley mercantil, se deberá entregar varios ejemplares de los “documentos” a fin de que se cumpla con lo precedentemente expuesto³³.

§ 36. CONSULTA PÚBLICA DE LEGAJOS. — Para seguridad y conocimiento de los terceros que contraten con la sociedad, la última parte del art. 9º establece que los respectivos legajos serán de *consulta pública*.

Este requisito rige también en cuanto a la inspección de las sociedades por acciones en el Registro Nacional de Sociedades por Acciones.

§ 37. OBLIGATORIEDAD DE OTRAS INSCRIPCIONES. — Todo este proceso de inscripción deberá cumplirse en el Registro Público de Comercio, correspondiente a las sucursales que pudieran tener las sociedades (art. 5º *in fine*); lo mismo ocurre con las modificaciones del contrato social, obligación que compete a los socios otorgantes. Su incumplimiento hace que las modificacio-

den incorporarse al legajo a que se refiere el art. 9 de la ley, como complemento de la publicidad organizada”, C1ªApel Bahía Blanca, 5-10-73, LL, 154, diario del 13-V-74, fallo 31.324-S. El mismo criterio, respecto de las modificaciones no sustanciales, es decir, las que no interesan directa o indirectamente a terceros ni a la entidad social, sino únicamente a los socios, fue sustentado por la CNCom, Sala A, 13-10-74, LL, 117-438, aunque resuelto con la vigencia del ordenamiento comercial anterior. Se entendió que no se aplicaban las consecuencias previstas en el art. 295 del Cód. Comercio. Lo expresado deberá tenerse en cuenta en relación a lo dispuesto por el art. 12 de la ley de sociedades. Lamentablemente, el Registro Nacional de sociedades por acciones fue dejado en suspenso por la ley 19.880.

³³ CNCom, Sala A, 29-6-72, LL, 148-401.

nes sean inoponibles a terceros. No obstante, éstos pueden alegarla en contra de la sociedad y los socios, salvo en las sociedades por acciones y en las de responsabilidad limitada de veinte o más socios (art. 12).

B. Contenido del instrumento constitutivo de la sociedad y cláusulas que pueden insertarse

§ 38. GENERALIDADES. — Estudiaremos en este capítulo el contenido del instrumento constitutivo de la sociedad según la ley 19.550 y haremos una comparación con las disposiciones contempladas al respecto en el Código Civil.

En principio el contenido de ese instrumento está ordenado en el art. 11 de la ley mencionada, sin perjuicio de que en las distintas secciones también se contemple la posibilidad de insertar cláusulas especiales cuya validez, en cada caso particular, está regulada específicamente.

En el análisis del art. 11 debemos distinguir lo que atañe a las partes que concurren a formar el contrato social, de las cláusulas que configuran el acuerdo de voluntad y que dan nacimiento a la persona jurídica que es la sociedad.

§ 39. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES EN LA FORMACIÓN DEL CONTRATO SOCIAL. — En lo que concierne al primer aspecto, el inc. 1º de ese artículo exige que los que concurren al acto se identifiquen con su nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad³⁴. Estas especificaciones están exigidas, también, en el Cód. Civil, en su art. 1001.

§ 40. CLÁUSULAS CONSTITUTIVAS EN LAS SOCIEDADES CIVILES — En lo que respecta a las cláusulas que configuran el acuerdo de voluntades del acto constitutivo en el régimen de las

³⁴ A favor ver la actualización de jurisprudencia, LL, 155-809. En contra, CNCom Cap, Sala A, JA, 957-III-542.

sociedades civiles impera lo dispuesto por el art. 1197, con las limitaciones generales de los arts. 21 y 953 y, especialmente aplicables al contrato social, la de los arts. 1650, 1651, 1652, 1653 y 1654, que iremos contemplando cuando se analicen las distintas cláusulas relativas al contrato social mercantil.

§ 41. CLÁUSULAS CONSTITUTIVAS EN LAS SOCIEDADES MERCANTILES. — Estas últimas pueden clasificarse así: a) Cláusulas que deben convenirse porque son necesarias para la existencia misma de la sociedad. b) Cláusulas que por referirse a un elemento natural del contrato de sociedad pueden omitirse o convenirse válidamente. c) Cláusulas nulas, pero que no anulan la sociedad.

I. Cláusulas que deben convenirse por ser necesarias para la existencia misma de la sociedad

§ 42. RAZÓN SOCIAL O DENOMINACIÓN Y DOMICILIO. — En el inc. 2º, del mencionado art. 11, se dispone que debe hacerse constar la razón social o la denominación y el domicilio de la sociedad. Éste es un requisito que surge de la naturaleza del ente de existencia ideal que se constituye por medio del contrato de que se trata. Su personalidad está concretada en el art. 2º, al reconocer que importa un sujeto de derecho con el alcance fijado por la ley. En consecuencia, ese sujeto debe tener todos los atributos de su personalidad, entre ellos el nombre³⁵.

Estas mismas exigencias están previstas en el art. 1678 del Cód. Civil. Su omisión afecta a la existencia del contrato.

§ 43. OBJETO. — El inc. 3º establece que la designación del objeto debe ser precisa y determinada³⁶. El objeto social está constituido por la actividad o actividades para cuya reali-

³⁵ CI³Apel, Bahía Blanca, 26-12-72, LL, 150-360.

³⁶ No debe dejar de verse la síntesis de esta cuestión en *RepLL*, XXVI, p. 1451 y siguientes.

zación se constituyó la sociedad o, también, como alguna doctrina expone, es el ramo que delimita el instrumento constitutivo.

A nuestro juicio se trata de una determinada gama de actos que la sociedad puede realizar para el cumplimiento de su fin. El objeto, consecuentemente, debe ser entendido como un “marco” instrumental creado por la voluntad contractual de manera objetiva y abstracta el que debe ser materializado por una serie de actos y hechos. En suma, la designación del objeto es esencial, pues sirve para: 1º Caracterizar la naturaleza civil o mercantil de las sociedades no regularmente constituidas; 2º Limitar la capacidad de ese sujeto de derecho; 3º Circunscribir la existencia misma de aquélla en función de su objeto (art. 94, inc. 4º). 4º Establecer el ámbito de facultades que tienen los administradores (art. 58). En consecuencia, éste debe concretarse en el instrumento constitutivo y ser lícito (art. 18) bajo pena de nulidad, con la consecuencia que exponemos bajo el título de sociedades ilícitas³⁷.

Correlativamente la legislación civil dispone en el art. 1655 una condición semejante sobre su licitud.

§ 44. CAPITAL SOCIAL Y APORTES. — El inc. 4º exige la determinación del capital social —expresado en moneda nacional— y la mención de aportes de cada socio, todo lo cual se complementa con el art. 50 sobre las posibles prestaciones accesorias que puedan pactarse. Ello atañe a la esencia de la sociedad, pues no puede haber persona jurídica sin patrimonio, al

³⁷ La ley 19.550, en su art. 94, dispone, entre las causas de disolución, la expiración del término y el art. 76 establece que la prórroga se dispone por acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario, debiendo resolverse aquélla y solicitarse antes del vencimiento del plazo de duración. Por supuesto, se excluye del ámbito de esa norma a las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada con más de veinte socios en que deberán aplicarse, respectivamente, los arts. 159, 160 y 244 cuarto párrafo. La CNCom, Sala D, ha dicho: “Si conforme se desprende del contrato el plazo de duración de la sociedad es indeterminado, ya que en definitiva queda supeditado a la voluntad de los integrantes de la misma, en tales condiciones dicha cláusula resulta violatoria de la exigencia prevista por el art. 11, inciso 5º, decr. ley 19.550, aplicable al caso de conformidad con lo señalado por el art. 369 *in fine*, del mismo cuerpo legal, modificado por el decr. ley 19.880/72” (LL, 13-6-73). También CNCom, Sala D, 26-7-73, fallo 70.380, LL, 27-5-74.

margen de que es una causal de disolución cuando el tal patrimonio se agota.

Sin embargo, la ley 19-550, en ninguna de sus disposiciones prevé lo que el Cód. Civil en su art. 1651 establece: que se sanciona con la nulidad cuando el capital lo componen todos los bienes presentes y futuros de los socios o todas las ganancias que obtengan, aun cuando puede haber sociedad de todos los bienes presentes designados o todas las ganancias, cuando ellas sean de ciertos y determinados negocios.

Tampoco la ley comercial prevé la nulidad de la sociedad cuando alguno de los contratantes no aporte obligaciones de dar o de hacer, concurriendo sólo con su crédito o con su influencia, no importando que se obligue a contribuir a las pérdidas si las hubiere, como lo hace el art. 1650 del Cód. Civil³⁸.

Igualmente, no se sanciona con la nulidad allí donde se libera a un socio de toda prestación de capital, como lo determina el art. 1652 del mismo ordenamiento legal.

En consecuencia, deberán aplicarse las normas del Cód. Civil en forma subsidiaria, porque ellas atañen a la esencia de la sociedad.

§ 45. DURACIÓN. — El inc. 5º prescribe que debe estipularse un plazo de duración, el que debe ser determinado.

En este punto difiere la legislación civil de la mercantil, toda vez que en aquélla se admite que existan sociedades con plazo determinado (art. 1764, Cód. Civ.); con plazos expresos o tácitos (art. 1765) y por tiempo indeterminado (art. 1767).

La cláusula determinante del plazo de la sociedad comercial es de la esencia de ésta. Ella, como ente jurídico nace, vive y muere, al igual que las personas de existencia visible, y el Cód. de Comercio exige que se precise el término de duración como requisito ineludible.

§ 46. ADMINISTRACIÓN. — En algunas tipos de sociedades, como las anónimas, las cláusulas sobre la administración atañen

³⁸ CNCiv, Sala F, 30-6-64, LL, 117-326.

a la existencia de la sociedad (art. 166, inc. 3º), y por tanto ellas pertenecen a la esencia; en otras, la ley suple su omisión.

II. Cláusulas que por referirse a un elemento natural del contrato de sociedad pueden omitirse o convenirse válidamente

§ 47. DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES Y PÉRDIDAS. — El inc. 7º del art. 11 de la ley 19.550 establece que el instrumento debe contener las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas, y en caso de silencio —dice— se las repartirá en proporción a los aportes. Si en el contrato sólo se prevé la forma de distribución de las utilidades, se aplicará el mismo criterio para soportar las pérdidas y viceversa.

Este requisito de fijar las reglas de distribución de las utilidades y soportar las pérdidas, no atañe a la esencia de la sociedad. Si nada se estipula, no se produce la nulidad porque la ley lo suple. El art. 1º, en su última parte, al definir la sociedad, destaca como elemento estructural: “*Participando de los beneficios y soportando las pérdidas*”. Ello coincide con el art. 1648 del Cód. Civil, que expresa así: “*Que dividirán entre sí del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado*”.

El derecho de participar de las utilidades y la obligación de soportar las pérdidas atañen a la existencia del ente social. El Cód. Civil, en su art. 1652, dispone: “*Será nula la sociedad que diese a uno de los socios todos los beneficios o que le libertase de toda contribución de las pérdidas... o que alguno de los socios no participe de los beneficios*”³⁹.

El inciso que comentamos determina la posibilidad de insertar —dentro de aquellos límites— una cláusula en el contrato social que regule ese derecho y esa obligación, lo cual importa la facultad de modificar un elemento natural.

En caso de silencio de las partes, la ley prevé procedimientos y porcentajes de la participación.

³⁹ CNCiv, Sala D, 2-8-61, LL, 105-645.

La ley comercial regula la forma de distribución de las ganancias y de las pérdidas frente al silencio de las partes, la que deberá hacerse en proporción a los aportes. Criterio aplicable tanto a las utilidades como a las pérdidas ⁴⁰.

De haberse convenido únicamente a propósito de las utilidades, la regla se aplicará también a las pérdidas.

En este punto la ley mercantil es incompleta, si la comparamos con la civil. En efecto, el Código Civil, cuando trata en el Capítulo XI sobre liquidación de sociedad y la participación de los bienes sociales, además de contemplar en el art. 1778 los casos del inc. 7º de la ley 19.550, soluciona la participación en las sociedades de capital e industria o mixtas (arts. 1779 a 1785). Esto no lo hace la ley mercantil al tratar las sociedades de capital e industria, en la Sec. III, librando en ausencia de norma expresa su fijación a la decisión judicial, no dando ninguna pauta al juzgador, por lo cual, sin duda, se deberá recurrir a lo dispuesto en el Código Civil. Cabe aquí destacar el principio de "tipicidad" propugnado por la ley mercantil, el que en relación al supuesto que venimos tratando prohíbe la asunción simultánea de la doble calidad de socio industrial y capitalista, por lo que, de darse, estaríamos frente a una sociedad atípica, con todas las consecuencias que esto implica.

§ 48. LIQUIDACIÓN. — Corresponde destacar que la ley que comentamos, en la Secc. XII, bajo el título: "De la liquidación", en su art. 109, reitera el principio sentado en el inc. 7º del art. 11, en el sentido de que, salvo convención en contrario, se distribuirán las pérdidas en la proporción de la participación de cada socio en las ganancias, agregando el art. 111, que al hacerse el balance final y aprobarse el proyecto de distribución, *"se agregarán al legajo de la sociedad en el Registro Público de Comercio. Los importes no reclamados dentro de los 90 días de la presentación de tales documentos en el Registro Público de Comercio, se depositarán en un Banco oficial a disposición de*

⁴⁰ CCom Cap, 24-8-49, LL, 56-451.

sus titulares. Transcurridos tres años sin ser reclamados, se atribuirán a la autoridad escolar de la jurisdicción respectiva."

En este dispositivo se determina el procedimiento a seguir, en ausencia de convención expresa, y se dispone un plazo de caducidad para reclamar el crédito del socio remiso. Éste no beneficia a la sociedad ni a los otros socios sino al Estado.

Entendemos que ello significa una verdadera confiscación pública. Debería, en principio, pertenecer a la sociedad, como beneficio distribuible entre los demás socios. Nunca puede pasar a quien no fue socio. Este dispositivo es violatorio de lo establecido para situaciones análogas en el art. 1652 del Código Civil y el art. 13 de la ley 19.550, en las cuales se sanciona con nulidad una estipulación semejante.

§ 49. ADMINISTRACIÓN, FISCALIZACIÓN Y REUNIÓN DE SOCIOS. — El inc. 6º del art. 11 establece que el instrumento deberá contener *"la organización de la administración, de su fiscalización y de las reuniones de los socios"*. Esta disposición se refiere a la parte formal de la administración de la sociedad, de ese elemento natural en algunos tipos, salvo las sociedades anónimas que hemos visto precedentemente, que la ley regula en ausencia de cláusula especial. Así tenemos que el art. 127 dice: *"El contrato regulará el régimen de la administración... En su defecto, administrará cualquiera de los socios indistintamente"*, con respecto a las colectivas. Y supletoriamente la misma ley prevé quiénes son los administradores de las distintas sociedades tipo. Es decir que en esta parte (inc. 6º) el sistema general de la ley coincide con lo ordenado por el Código Civil, el que, bajo la denominación de Administración de la sociedad, en el Cap. V, suple, igualmente, el silencio contractual. Pero contempla, para esos casos especiales, el derecho al veto que la ley comercial no prevé. En caso de suscitarse divergencia entre los socios, en lo que atañe al órgano de administración por uno o más de ellos, deberán aplicarse los arts. 1676 y 1677, así como los referentes a la obligación de administrar de acuerdo con el art. 1723 del Código Civil.

§ 50. CLÁUSULAS QUE ESTABLEZCAN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES ENTRE LOS SOCIOS Y RESPECTO DE TERCEROS. — El inc. 8º estatuye que el instrumento debe contener las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros.

Esta exigencia carece de toda razón de ser, pues no es posible prever todos los elementos naturales que surgen del contrato social (de su naturaleza), ni reproducir todas las obligaciones que, por disposición expresa de la ley, las partes no pueden modificar.

En efecto, estimamos que no es una exigencia que pertenezca a la existencia de la sociedad; tan es así, que en lo regulado para las sociedades tipos se prevé la omisión de ella, sin perjuicio de las normas generales, especificadas en las Secciones VI, VII, y VIII del Capítulo I. Esto concuerda en gran parte con lo previsto por el Cód. Civil en los Capítulos VI al IX del Título VIII.

§ 51. AMPLITUD DEL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL. — El régimen seguido por el Código Civil es más amplio que la ley comercial, por lo cual deberá aplicarse, subsidiariamente, si el caso no encuadra en la ley 19.550. Por ejemplo, los problemas contemplados en los arts. 1722, 1726 y 1728, etc., en cuanto a las obligaciones de los socios entre sí; como también respecto de terceros, los arts. 1743, 1744, 1713, 1714, etcétera.

§ 52. CLÁUSULAS SOBRE FUNCIONAMIENTO, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD. — El inc. 9º consigna que el instrumento de constitución debe contener: “*Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad*”.

Esta disposición es aplicable sin que su omisión concierna a la existencia de la sociedad; sin embargo, al respecto pueden en algunos casos configurar cláusulas nulas (art. 13), a las que nos referiremos más adelante.

La propia ley, en ausencia de convenio expreso, en la Sec. XII y XIII y, además en algunas sociedades tipo, viene a suplir

la omisión de las partes. Lo mismo hace el Código Civil en el Cap. X y el XI de la Sec. III, del libro II, Título VII.

§ 53. OTRAS CLÁUSULAS ADMISIBLES. — Además de las cláusulas mencionadas en el art. 11, las que, sin que pertenezcan a la existencia de la sociedad deben establecerse, tenemos otras dispersas en el articulado de la ley, y en las cuales pueden convenir, válidamente, las partes en el acto de constitución de la sociedad.

Nos referimos a algunas de ellas:

a) El art. 80, segunda parte, permite el pacto en contrario modificando la exigencia de la unanimidad de los socios para la transformación de un tipo de sociedad. Principio mantenido también en el art. 244, párrafo 1º, cuando se refiere a las sociedades anónimas, como en las colectivas, en las que el art. 131 autoriza pacto en contrario para modificar el contrato, incluso la transferencia de la parte a otro socio.

b) En las sociedades de responsabilidad limitada y las comanditas simples, respecto de los aportes de los socios comanditarios, se deben indicar los antecedentes justificativos de la valuación (art. 51).

c) El art. 79 admite pacto en contrario para reglar los efectos de la preferencia de los socios.

d) El art. 80, segunda parte, permite el pacto en contrario que modifique la condición del acuerdo unánime de los socios para dejar sin efecto la decisión sobre la transferencia de la sociedad.

e) El art. 89 permite que los socios prevean en el contrato social constitutivo causales de resolución parcial y disolución no previstas en la ley.

f) El art. 90 acepta como válida la convención en las sociedades colectivas y en comandita simple que disponga la continuación de la sociedad con los herederos del socio fallecido. Pacto que es obligatorio sin necesidad de celebración de un nuevo

contrato, pudiendo los herederos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria.

Este principio, que se sanciona en el art. 90, es contrario al que se acoge en iguales condiciones para las sociedades civiles, ya que para éstas la calidad de socio no se transfiere por muerte, sino que debe celebrarse un nuevo contrato. En éste, por supuesto, deben prestar conformidad los herederos y los antiguos socios (art. 1670; véase nota de Vélez Sársfield). Lo estatuido en el art. 90 se reitera en el art. 155 a propósito de las sociedades de responsabilidad limitada, cuando ordena: "*La transferencia por causa de muerte se rige por el art. 152, salvo disposición contraria del contrato. Si éste previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios...*".

Contrariamente, el Cód. Civil establece en su art. 1670 que "*No tienen calidad de socio los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero*".

En la nota a este artículo, dice Vélez: "*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 quisiere ser socio... Nadie puede ser socio por herencia o de otra manera contra su voluntad*". Este principio lo encontramos repetido en el art. 1761.

Este profundo cambio lo estudiaremos al considerar el socio y la transferencia de su calidad de tal ⁴¹.

g) El art. 95 admite el pacto para modificar el requisito del acuerdo de la unanimidad de los socios para disponer sobre la prórroga de la sociedad, salvo lo dispuesto para las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada con veinte o más socios.

h) A tenor del art. 127 se puede convenir, en el momento de celebrarse el contrato, el régimen de la administración.

⁴¹ Solari Brumana, Juan Antonio, *Algunas reflexiones sobre un aspecto de la ley 19.550 de sociedades comerciales*, JA, doct. 1973, p. 661.

Como hemos visto anteriormente, en su defecto, en cada sociedad tipo se prevé el modo de administrarla.

i) En las sociedades colectivas, se pueden convenir limitaciones con respecto al socio administrador; así el art. 129 dispone: *“El administrador, socio o no, aun designado en el contrato social, puede ser removido por decisión de mayoría en cualquier tiempo, sin invocación de causa, salvo pacto en contrario”*.

La ley 19.550 parte de un principio contrario al acogido en el Código Civil, pues en éste el socio designado administrador en el contrato social no puede ser removido sin justa causa y, de darse la remoción, aun con justa causa, se otorga a cualquier socio el derecho de retirarse de la sociedad (arts. 1682, 1686 y 1687 del Cód. Civil) y el socio administrador removido es responsable de los daños y perjuicios que ocasione.

La ley comercial, como expresamos, parte del principio contrario, en el sentido de que, salvo pacto expreso, puede ser removido por decisión de la mayoría. Este hecho no genera ningún derecho para los demás socios.

j) En las sociedades colectivas, también el *“administrador, aunque fuere socio, puede renunciar en cualquier tiempo, salvo pacto en contrario, pero responde de los perjuicios que ocasione si la renuncia fuere dolosa o intempestiva”* (art. 130).

Entiéndase por mayoría, en esta sección, la mayoría absoluta de capital, a menos que el contrato fije un régimen distinto (art. 132).

k) En las sociedades de responsabilidad limitada se pueden convenir, válidamente, limitaciones sobre la cesión de cuotas (art. 152, última parte). En esta clase de sociedad se puede acordar, en el acto constitutivo, sobre la autorización de cuotas suplementarias de capital, exigibles sólo por la sociedad, total o parcialmente, mediante acuerdo de socios que representen más de la mitad del capital social (art. 151). En su defecto, se aplica el art. 160; en caso de incumplimiento de lo pactado, impera el art. 37.

Estos principios concuerdan con el art. 1710 del Cód. Civil. Además, en las sociedades de responsabilidad limitada, en el contrato, se pueden fijar normas para la evaluación de las cuotas que aseguren un precio justo, así como también pueden establecerse restricciones para su cesión, pero no puede prohibirse la transmisión (art. 154).

Asimismo, en esta clase de sociedades, puede limitarse la revocabilidad de la gerencia, excepto cuando fuere una condición expresa de la constitución de la sociedad.

l) En las sociedades anónimas, el estatuto puede establecer el aumento del capital hasta el quíntuplo (art. 188). Así como también que los derechos de suscripción correspondientes a las acciones en mora se vendan en remate público o por medio de un agente de bolsa, si se tratare de acciones cotizables. Igualmente se puede establecer la caducidad de los derechos, sin perjuicio de que la sociedad puede optar por el cumplimiento del contrato de suscripción (art. 198). Esta facultad no es otra cosa que el pacto comisorio expreso que determina la forma de resolver el contrato de suscripción, permitiéndose la venta de las acciones en subasta pública o venta privada.

ll) El estatuto puede, asimismo, limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia. Limitación que debe constar en el título (art. 214).

Aparte de las cláusulas expresadas, debe tenerse en cuenta, para las sociedades anónimas, lo establecido sobre *administración y representación*, a partir del art. 255 y siguientes.

III. Cláusulas nulas pero que no anulan el contrato social

§ 54. ENUMERACIÓN DEL ARTÍCULO 13. — El artículo 13, en sus cinco incisos, enumera las cláusulas nulas. Lo hace con un criterio que se contrapone a lo dispuesto, a propósito de algunas de ellas, por el Código Civil, ya que este ordenamiento jurídico, en algunos casos, la admite y, en otros casos, no sólo declara nula la cláusula, sino la sociedad misma.

Analizaremos cada uno de tales incisos:

El inc. 1º sanciona con la nulidad la cláusula que estipule “*que alguno o algunos de los socios reciban todos los beneficios o se los excluya de ellos, o sean liberados de contribuir a las pérdidas*”.

La ley civil (art. 1652) declara nula la sociedad que “*diese a uno de los socios todos los beneficios, o que le libertase de toda contribución en las pérdidas, o de prestación de capital, o que alguno de los socios no participe de los beneficios*”⁴².

Estimamos más justa la posición de la legislación civil, por cuanto, en ese sentido, hace que el contrato no sea de sociedad, sino cualquier otro (mutuo, locación de servicios con participación en las ganancias, etc.), en razón de violar el convenio sobre un elemento esencial que pertenece a la existencia de la sociedad, ya que es a la participación y no a la medida de la participación, o proporción de ésta, a lo que nos hemos referido precedentemente.

El inc. 2º declara nula la cláusula cuando al socio o socios capitalistas se les retribuyan los aportes con un premio designado, o con sus frutos, con una cantidad adicional, haya o no ganancias.

En igual sentido se pronuncia el art. 1653, inc. 2º del Código Civil.

El inc. 3º dispone que no tiene valor la estipulación que asegure al socio su capital o las ganancias eventuales. Idéntica situación prevé el art. 1653, inc. 4º, del Cód. Civil, con los mismos efectos.

El inc. 4º sanciona con nulidad la cláusula por la “*que la totalidad de las ganancias, y aun las prestaciones a la sociedad, pertenezcan al socio o socios sobrevivientes*”.

Esta posición viene a dejar sin efecto toda discusión creada en torno a los incs. 3º y 4º del art. 1654 del Cód. Civil, y sus modificaciones por la ley 17.711, en las que se le reconoce validez,

⁴² CNPaz, Sala IV, 1-10-56, LL, 88-268, CNCiv, Sala D, 4-5-6, LL, 103-399; CNCiv, Sala D, 2-8-61, LL, 105-645; CApel Rosario, Sala I, 4-8-64, LL, 115-768.

siempre que no afecte a la legítima de los herederos⁴³ o que no sea de aplicación la teoría de la imprevisión⁴⁴.

En el inc. 5º se sanciona con nulidad la cláusula que permita la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, que se aparte notablemente de su valor real al tiempo de hacerla efectiva.

Concuerda este inciso con lo establecido en el art. 154 sobre sociedad de responsabilidad limitada, en donde se admite en el contrato social un pacto semejante, siempre que asegure un precio justo.

La ley 17.711, al incluir el art. 1788 *bis*, incorpora al Código Civil el mismo principio.

§ 55. OTRAS PROHIBICIONES. — Además de lo que específicamente establece este art. 13, en la parte general, existen otras normas dispersas en el texto de la ley 19.550 que prohíben ciertos pactos en el acto constitutivo sin implicar la nulidad de la sociedad. Así tenemos, por ejemplo, el art. 69, que ordena: “El derecho a la aprobación o impugnación de los estados contables, y a la adopción de resoluciones de cualquier orden a su respecto, *es irrenunciable, y cualquier convención en contrario es nula*”. El art. 91 declara nulo el pacto que importe, en las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria, en participación, de responsabilidad limitada, en comandita por acciones con respecto al socio comanditado, la prohibición o restricción de la posibilidad de excluir a un socio si media justa causa. Esto es, cuando incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones, sufra incapacidad, inhabilitación, declaración en quiebra o concurso civil, salvo en las sociedades de responsabilidad limitada, o en las sociedades colectivas, cuando el socio realice, por cuenta propia, actos que importen competir con la sociedad. En este caso se necesita el consentimiento *expreso* y unánime de los socios (art. 133). Idéntico principio se consagra en el art. 1653, inc. 1º, del Código Civil.

⁴³ CNCom, Sala C, 15-5-62, LL, 108-420.

⁴⁴ Piantoni, Mario, *Contratos civiles*, 1975, Bs. As., 1975, p. 208.

Asimismo, en el art. 154, con respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, se dispone que no puede convenirse una cláusula por la cual se prohíba la transmisión o la cesión de las cuotas sociales.

En estas mismas sociedades, se prohíbe la cláusula que determina una proporción menor a la unanimidad de los votos para los casos de cambio de objeto, prórroga, transformación, fusión, escisión y toda modificación que imponga mayor responsabilidad a los socios.

En las sociedades por acciones, específicamente las anónimas, los promotores o los fundadores no pueden convenir que ellos podrán recibir algún beneficio en menoscabo del capital social (art. 185).

Asimismo, en las sociedades anónimas, es nula cualquier cláusula en contrario a que los directores, los síndicos y los gerentes generales tengan derecho y obligación de asistir con voz a toda asamblea, y que sólo tendrán voto en la medida en que les corresponda como accionistas, con las limitaciones establecidas en la Sección V del Cap. II de la ley 19.550 al legislar sobre las asambleas de accionistas (art. 240).

En igual tipo social, por una cláusula del estatuto no pueden derogarse los derechos que el art. 263 prevé, ni reglamentarlos de manera que dificulte su ejercicio.

Igualmente es nula —en este tipo social— la cláusula que disponga un término mayor de tres años para el ejercicio del cargo de síndico, no pudiendo ser reelegidos, o que su designación no sea sólo revocable por la asamblea de accionistas (art. 287).

El Código Civil contempla como nulas otras cláusulas, que no considera tales la legislación mercantil. Por ejemplo, que cualquiera de los socios no pueda renunciar a la sociedad aunque haya justa causa (art. 1653, inc. 1º). Este principio es aplicable en forma subsidiaria a las comerciales.