

El derecho comercial y empresarial en la Argentina¹

Agustín R. Moscariello²

Publicado en "Il Nuovo Diritto Delle Società", Año 13, Nro 16, pág. 23

Abstract: Argentina is formed as a federal state, where the Federal Government dictates the substantive laws (such as Civil and Commercial Codes). Both our Civil Code and Commercial Code were passed as law at the end of the 19th century. After a process of "de-codification", our Federal Congress has approved a new Unified Civil and Commercial Code, which will become binding in August 1st 2015, and will transform both our private and public law. In Commercial Law, there is no definition of "business"; and the most popular forms of incorporation are "Sociedades Anónimas" (public limited companies) and Limited Liability Societies.

I.- Introducción. Organización político-jurídica argentina

La Nación Argentina se encuentra organizada jurídicamente mediante la Constitución Nacional sancionada en 1853 y modificada por primera vez (entre otras) en 1860.

En dicho marco, en el siglo XIX se sancionaron los Códigos de fondo (Civil, Comercial, etc.) en el marco del positivismo jurídico y filosófico, así como las ideas liberales e individualistas propias de dicha época.

El Código de Comercio fue sancionado³ de manera separada del Código Civil⁴ (siendo el autor de ambos el Dr. Dalmacio Vélez Sarfield), y continúan hasta el día de hoy como dos códigos separados.

A partir del siglo XXI se produjo un proceso de "descodificación" que llega hasta nuestros días tanto en el Código Civil como de Comercio, con normas como por ejemplo, de Concursos y Quiebras, ley de sociedades comerciales, ley de letras de cambio y cheque, ley de fideicomiso. De tal modo el actual Código de Comercio de la Argentina se encuentra prácticamente vacío de contenido, no así el Código Civil. Siguiendo las tendencias del derecho europeo, y en particular, del derecho italiano vamos hacia un proceso de unificación del derecho civil y comercial.

En la década de 1990 se produjo en Latinoamérica, y en también en la Argentina, un fuerte proceso de privatización de la actividad del Estado y de desregulación de la actividad privada (proceso similar al que se dio en Inglaterra y USA en la década de 1980), con una multiplicidad de leyes "propuestas" por organismos internacionales de crédito como el FMI.

Actualmente, se encuentra sancionado un nuevo Código Civil y Comercial unificado aprobado por la ley 26.994, que entrará en vigencia el 1º de agosto de 2015⁵.

En cuanto a la aplicación judicial del derecho comercial en la Argentina, corresponde antes hacer algunas aclaraciones respecto del sistema jurídico-político de mi país.

La Nación Argentina se encuentra organizada como un Estado Federal, con un sistema de descentralización política tanto "vertical" (Nación, provincias y municipios), como "horizontal"

¹ El presente trabajo tiene como base la clase magistral brindada por el autor en la Univesita` Degli Studi Di Torino, Departamento de Managment, cátedra de derecho comercial II, del Profesor Oreste Cagnasso, acerca del "derecho societario argentino", 8 de octubre de 2013, Turín, Italia.

² Profesor en la Pontificia Universidad Católica Argentina, sede Rosario.

³ Fue sancionado en 1859, para regir únicamente en la provincia de Buenos Aires, que en ese entonces se encontraba separada del resto de la Confederación.

⁴ El Código Civil argentino fue sancionado en fecha 25.09.1869 y entró en vigencia el 1º de enero de 1871.

⁵ Originalmente, se había establecido como fecha de comienzo de vigencia el 1º de enero de 2016.

(división de funciones⁶ legislativas, ejecutivas y judiciales)⁷, lo mismo sucede en los Estados Unidos de América.

Se da la paradoja que el derecho constitucional se encuentra principalmente influenciado por el derecho norteamericano, mientras que el derecho privado se siguieron los lineamientos del derecho continental europeo.

A nivel derecho constitucional comparado encontramos que en los Estados Federales del mundo hay tres posibilidades de distribuir las competencias entre el Estado Federal y los Estados locales o federados (llamados provincias en el caso argentino, o gobiernos estadales locales en otras latitudes), estas son:

a) Establecer un listado cerrado de competencias del gobierno central y los locales. Esta solución ha sido prácticamente abandonada en el derecho comparado porque presenta el dilema de a quién atribuir una nueva competencia no prevista en la Carta Magna.

b) Enumeración completa y detalla de las materias asignadas a los estados miembros, siendo atribuidos al gobierno central los poderes no enumerados (tal es el caso de las Constituciones de Canadá y Sudáfrica).

c) Reservar todas las competencias no adjudicadas a los estados provinciales o federados. Esta es la solución efectuada por la Constitución de los Estados Unidos, al igual en la Constitución Nacional argentina conforme a la manda del art. 121 CN⁸, así como Brasil y Venezuela⁹.

Así tenemos que el dictado de la llamada legislación "de fondo" (Códigos Civil, Comercial, Penal, Laboral y de la Seguridad Social, y de Minería) ha sido delegado por las provincias en el Congreso Nacional (Estado Nacional), y rigen en todo el territorio de la República. Al tiempo que las provincias dictan los Códigos de Procedimientos, que varían, por tanto, de provincia en provincia.

En un sentido paralelo, y debido al reparto de competencias entre Estado Nacional y las provincias, tenemos un doble sistema judicial: a) el federal -que es excepcional, aplica siempre las llamadas "leyes federales" y el derecho ordinario o códigos de fondo cuando haya un interés federal de por medio, o sea, cuando corresponda por razón de materia, persona o lugar- y b) el local -que es la jurisdicción ordinaria-.

De tal modo, lo más usual es que las cuestiones de derecho privado -códigos de fondo dictados por el Congreso Nacional- (entre ellas, las cuestiones de derecho comercial) sean aplicadas por jueces provinciales ordinarios conforme a normas de procedimientos provinciales.

En general, en las provincias la justicia comercial no es necesariamente especializada, sino que integra el fuero ordinario junto con las cuestiones civiles (tal es el caso de la provincia de Santa Fe); existiendo tribunales comerciales en la Justicia Ordinaria de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Así, las cuestiones comercial en la provincia de Santa Fe, serán generalmente resueltas por un Juez de Distrito en lo Civil y Comercial.

II.- Algunos datos económicos de la Argentina

La República Argentina tiene con 41.450.000 de habitantes, y una superficie de 2.780.400 km² de territorio (ello, comparado con los 301.338 km² de superficie de Italia y sus casi 60 millones de

⁶ Hablamos de "división de funciones" y no de "división de poder" por cuanto el poder del Estado es único y no se puede dividir. Efectivamente, siendo las funciones "múltiples", lo que opera una distribución de funciones. Conf. MARIEHNOFF, Miguel S., Derecho Administrativo, tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 34.

⁷ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 5ta edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 133.

⁸ El cual reza lo siguiente: "Art. 121.- Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo, Derecho administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 300.

habitantes; resulta que en la Argentina tenemos -todavía- un vasto territorio con poca población).

En cuanto a territorio es el segundo país más grande de América Latina y el octavo en el mundo.

Su Producto Bruto Interno (PBI) per cápita en dólares de \$14.715,18 USD (según datos de 2013); y un total de 609,9 miles de millones USD.

Sus principales socios comerciales en el mundo son Brasil y China. y administrativamente cuenta con veintitrés provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

III.- Historia reciente

En cuanto a la historia de los últimos años, diremos que en la década de 1980 (con la vuelta de la democracia) tuvimos en la Argentina, a mediados de dicha década, un período de muy alta inflación.

Luego en la década de 1990, producto del llamada "Consenso de Washington" y siguiendo los mandatos del Fondo Monetario Internacional se aplicaron medidas de liberalización de la economía argentina; al tiempo que se fijó por ley¹⁰ la paridad "uno a uno" entre la moneda argentina (el peso) y el dólar norteamericano.

Ello marcó un período de estabilidad, de contención de la inflación, pero, al mismo tiempo, produjo una fuerte caída de la actividad productiva, industrial y de las exportaciones.

Todo ese contexto produjo la crisis financiera, económica y social de 2001; que llevó al fin del modelo de paridad entre el peso argentino y el dólar norteamericano. La solución para salir de esa crisis fue una devaluación del peso argentino.

Desde ese momento, y en especial, desde el 2003 se produjo en la Argentina -y en la región- un fuerte crecimiento económico, acompañado en parte por una inflación moderada. Ayudó, asimismo, para salir de la crisis del 2001, el importante aumento de los productos agropecuarios (llamados "comodities" agrarios).

IV.- La Dimensión Constitucional

Haciendo un repaso de la Constitución Nacional Argentina, vemos que ya el preámbulo de la misma garantiza los derechos para "*asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino*".

Ni siquiera la Constitución de los Estados Unidos tenía tal invitación a los extranjeros del mundo a que se radiquen en su suelo.

Ello se explicaba por el hecho de que la incipiente Nación Argentina contaba con bastas dimensiones de tierras y una escasa población. Tal es así que el ideólogo de la CN, Juan Bautista Alberdi tenía a la inmigración europea como eje de su plan fundador para la República Argentina, bajo el lema de "*gobernar es poblar*".

Tal es así que nuestro país, fue forjado por inmigrantes. De tal modo, en 1910 había 1.800.000 italianos en la Argentina, y 800.000 españoles¹¹, sobre una población total estimada de cerca de 6.5 millones de habitantes. Lo que hacía casi un tercio de la población con origen italiano.

En cuanto al contenido de la CN, diremos simplemente que la Constitución Nacional argentina, reconoce en su parte "dogmática" o "bill of rights", entre otros derechos fundamentales: el derecho de propiedad -garantizando su inviolabilidad- (art. 17 CN), el "derecho de trabajar y ejercer industria lícita", de "navegar y comerciar" (art. 14 CN), como derechos humanos de primera generación.

¹⁰ Ley n° 23.928 sancionada en fecha 27.03.1991 y publicada en el mismo día; ley, por otro lado, que en parte sigue vigente.

¹¹ SARRAMONE, Alberto, Nuestros abuelos italianos. Inmigración italiana en la Argentina, Ediciones B, Buenos Aires, 2010, pág. 26.

En el art. 20 de la CN se le garantiza a los inmigrantes los mismos derechos civiles que a los argentinos naturales, y el art. 25 CN establece como deber del Gobierno federal fomentar la inmigración, principalmente europea. Ello ha llevado a autores a decir, que se trata del acogimiento de la idea de una *contrato social abierto*¹².

Y en el segundo capítulo de la primera parte de la Constitución, bajo el título de "nuevos derechos y garantías", en el marco de los derechos de usuarios y consumidores, reconocidos como derechos humanos de tercera generación la CN mencionada a "la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados" (art. 42 CN), por tanto, califica al "mercado" como bien jurídico digno de ser tutelado. Nótese que la tutela del mercado y la defensa de la competencia es contra las "distorsiones" del mercado.

V.- El derecho comercial y empresarial

a) De un tiempo a esta parte, se está hablando del derecho comercial como "el derecho de la empresa" desde los aportes de Mossa y Wieland¹³.

Ahora bien, tenemos que en la normativa argentina actualmente vigente la noción de empresa se presenta como una noción "sociológica" o propia de la economía, vale decir, no está presente de modo expreso en la ley de sociedades. Así se ha dicho que hay coincidencia que el concepto se encuentra en plena elaboración, tanto en el campo económico, como jurídico¹⁴.

La ley de sociedades comerciales n° 19.550 -las sociedades civiles se encuentran reguladas en el Código Civil- se encuentra, como dijimos antes, como una ley anexa al Código de Comercio; y a partir de agosto de 2015 la misma se llamará "Ley de Sociedades" (perdiendo el adjetivo de comerciales) y será una ley complementaria al Nuevo Código Civil y Comercial.

De todos modos, hay quienes interpretan que en el art. 1° de la LS contiene un reconocimiento indirecto del fenómeno empresarial. "ARTICULO 1°. Concepto. Tipicidad — Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas". Ahora bien, con las modificaciones introducidas por la ley 26.994 la redacción dirá que "Habrà sociedad cuando una o más personas en forma organizada...".

De tal modo, la doctrina ha interpretado que el art. 1 de la ley de sociedades, *refiere a la noción económica de empresa*, ya que dos o más personas deben asociarse (en su redacción actual, ya que, como dijimos recién, la futura norma permitirá las sociedades de una persona) en "forma organizada" (lo que remite a la idea de organización propia de la empresa) para aplicarlo a la producción e intercambio de bienes o servicios¹⁵.

Parte de los juristas consideran que la noción de empresa es una noción *económica y no jurídica*.

De tal modo, se ha dado como definición de *económica de empresa*, a la "simple agrupación de capital, mercaderías y trabajo para la producción de bienes y servicios"¹⁶. Sin embargo, es claro que el

¹² GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tomo I, 4ta edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 372.

¹³ Confr. BROSETA PONT, Manuel, La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pág. 88 y ss.

¹⁴ BARBIERI, Eduardo Antonio, Contratación bancaria. Tomo 2. Empresas, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 34.

¹⁵ ZUNINO, Jorge Osvaldo, Régimen de Sociedades Comerciales. Ley 19.550, 14° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 81.

¹⁶ ZAVALLA RODRÍGUEZ, Carlos Juan, Derecho de la empresa, Depalma, Buenos Aires, 1971, pág.89.

fenómeno jurídico de la empresa no puede quedar ajeno al derecho. Por su parte, afirma Martorell citando a Messineo -en la "fattispecie"- que la empresa es "esencialmente despliegue de actividad económica" organizada para lograr un determinado fin, y este fin -según calificada doctrina- no es otro que la creación o mediación en el mercado de los bienes o de los servicios, que constituyen sectores fundamentales de la economía moderna¹⁷. Así, manifiesta Messineo que para que se tenga configurada la figura del empresario no basta el género de actividad y ejercicio profesional (y en nombre propio) de la actividad; se necesitan además una organización y una finalidad particular, y otros elementos todavía, como ser: el presupuesto de la sede de la empresa; el elemento de naturaleza económica, que trae aparejado el "riesgo profesional"; el propósito de lucro no aparece en la ley italiana como elemento de la actividad del empresario, pero el mismo debe considerarse esencial al concepto de empresario, pues constituye la compensación del riesgo profesional¹⁸.

De tal modo, sostiene Carminio Castagno que en el Derecho argentino no acoge la figura, ya que ésta no reviste el carácter de "sujeto" ni "objeto" jurídico (en el sentido unitario y pleno de su expresión económica). El uso del vocablo en algunas disposiciones legales es multívoco y sólo connota —terminológicamente— un criterio unificador, comprensivo de otras realidades normativas¹⁹.

En igual sentido, Juan Farina, sostiene que la ley argentina no define a la empresa, sino que el Código de Comercio hace una enumeración de empresas en su artículo 8 inciso 5° sin dar su concepto²⁰. Sin embargo, tal argumentación está destinada a extinguirse dada a la inminente eliminación del "acto de comercio" del articulado del Nuevo Código Civil y Comercial. Lo cierto es que ni el Código Comercial, ni el Código Civil, ni la ley de sociedades definen a la empresa. Y ello puede considerarse correcto, porque una antigua enseñanza decía que los conceptos no tienen por qué estar en los Códigos, sino que es menester de la doctrina suministrarlos.

Farina considera que la diferencia fundamental entre sociedad y empresa, radica en que la primera es sujeto de derecho (y por lo tanto, susceptible de adquirir derechos y obligaciones); al tiempo que la empresa es una organización para producir bienes y servicios, resultante de una coordinación sistemática de diversos factores, pero no un sujeto de derecho. Por tanto la empresa necesitará de un titular que puede ser una persona física o jurídica²¹, incluso el mismo Estado nacional, provincial o municipal -solución ésta que estaba en retroceso durante los años '90 y que después del 2001 ha tenido un mayor uso-.

b) La definición legal viene dada luego por el derecho laboral, ya que el art. 5° de la Ley de Contrato de Trabajo (ley 20.744) reza que: "A los fines de esta ley, se entiende como '*empresa*' la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos". Así, en igual inteligencia, la doctrina laboralista y la jurisprudencia en general, consideran que en nuestro sistema jurídico la empresa no es sujeto jurídico, por tanto no puede adjudicársele derechos ni obligaciones, ni contratar. Solo de manera incorrecta, se suele identificar a la empresa con el empleador²². La doctrina comercialista, por su parte

¹⁷ MARTORELL, Ernesto, "El concepto de empresa: su tratamiento en la ley de contrato de trabajo", DT 1984-A, pág. 731.

¹⁸ MESSINEO, Franceso, Manual de derecho civil y comercial. Tomo II, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1971, pág. 199/201.

¹⁹ CARMINIO CASTAGNO, José Carlos, "La empresa y la función del derecho: sus necesidades jurídicas y contractuales", Revista del Notariado n° 762, de fecha 01.01.1978, 2042.

²⁰ FARINA, Juan, Sociedades comerciales. Introducción a su estudio de acuerdo a la ley n° 19.950, Zeus editora, Rosario, 1972, pág. 34.

²¹ FARINA, op. cit., pág. 34.

²² RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada, tomo 1, La Ley, Buenos

ha considerado que el concepto de empresa presente en la Ley de Contrato de Trabajo es tan amplia que sólo resulta de utilidad desde la óptica laboralista²³.

Sin embargo, Rodríguez Mancini considera que la inclusión del término "empresa" en la ley de contrato de trabajo, es a los fines de sentar un criterio orientador fundamental en el juzgamiento del comportamiento de los sujetos del contrato de trabajo, siendo la empresa para la Ley de Contrato de Trabajo simplemente una actividad organizada, "hay pues un organizador y una organización que es precisamente la empresa"²⁴. En igual exégesis, el organizador será el empresario²⁵.

Como crítica al concepto en la norma laboral se ha dicho que la primera parte de la definición, en cuanto habla de una "*organización instrumental de medios personales*", "es poco feliz, pues de la misma pareciera deducirse que los integrantes de la comunidad empresaria actúan como medios de un instrumento, y -por el contrario.- el hombre constituye el núcleo de la vida social, siendo su protagonismo en aquélla y en la historia incuestionable, razón por la cual nunca puede ser un medio"²⁶.

En igual inteligencia, sostiene Martorell que "va de suyo que el legislador no podía ignorar que desde la óptica del derecho laboral, no interesa que la 'empresa' persiga o no fines de lucro, ya que en este último caso no dejará de serlo a los fines de la ley, pues a la misma le es indiferente que se trate de una institución capitalista o de una institución filantrópica, razón por la cual se puede sostener -sin caer en excesos- que la terminología utilizada, amén de ser objetable, era innecesaria"²⁷.

Fontanarrosa, por su parte, considera también que la noción de empresa surgió en el campo de la economía política, para "designar determinadas organizaciones de los factores de producción", y que a la par del concepto económico se fue formando una noción jurídica de la empresa, "pero sin que la una ni la otra hayan logrado unanimidad de adhesiones en sus respectivos campos de acción"²⁸.

En doctrina española, por su lado, se ha puesto de manifiesto el hecho de que los juristas que se han ocupado del tema han logrado obtener un concepto jurídico de la empresa (concepto que presupone una descripción de la realidad), pero no han tenido éxito a la hora de definir su naturaleza jurídica -que implica que una vez obtenido el concepto se lo analiza para adscribirlo a una de las categorías jurídicas elaboradas por la ciencia del derecho-²⁹. Y ello por cuanto, la empresa, como fenómeno económico, es un ente de gran complejidad para el Derecho, ya que en ella convergen distintos intereses (públicos y privados), distintos sujetos (empresarios, empleados y obreros), distintos elementos de variada naturaleza (muebles, inmuebles, cosas y derechos) y sobre su titular inciden derechos y deberes de diversas clases y naturaleza³⁰.

Finalmente, pasando al derecho público, encontramos que la legislación tributaria tampoco contiene un concepto preciso de empresa, ni tampoco proporciona los elementos para elaborarlo. Además de ello, las elaboraciones iusprivatistas carecen de relevancia para el derecho financiero, ya

Aires, 2007, pág. 292.

²³ ROULLION, Adolfo A. N. (director), Daniel F. Alonso (coordinador) en AAVV Código de comercio comentado y anotado, tomo I, Adolfo N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 34.

²⁴ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, op. cit., pág. 292.

²⁵ La ley de sociedades menciona a la figura del "empresario" en los artículos 367 y ss.

²⁶ MARTORELL, Ernesto, "El concepto de empresa: su tratamiento en la Ley de Contrato de Trabajo", DT 1984-A, pág. 731).

²⁷ MARTORELL, Ernesto, "El concepto de empresa: su tratamiento en la Ley de Contrato de Trabajo", DT 1984-A, pág. 731).

²⁸ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino (parte general), 2da edición revisada y ampliada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, pág. 148/9.

²⁹ BROSETA PONT, Manuel, La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pág. 166.

³⁰ BROSETA PONT, Manuel, La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el derecho mercantil, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, pág. 169.

que a éste sólo le interesa la realidad económica llamada empresa³¹.

Vemos, así, que la caracterización fiscal que ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca de la empresa, en autos "Bombal, Domingo c/ Dirección Gerenal Impositiva"³² de fecha 31.06.1952, nos dice que ella se manifiesta "cualquiera sea su naturaleza, siempre que constituya un *mismo conjunto económico*", y "la unidad o independencia de las empresas o explotaciones están en *la naturaleza de los negocios*". Ni el contribuyente puede hacer fusiones artificiales, ni el Estado ha de pretender desdoblamiento donde, *sergún la materialidad de las cosas, hay unidad económica o de negocios*". Lo que nos lleva al siguiente acápite.

c) La empresa y la realidad. Vemos aquí que el Art. 2088 CC italiano establece que la "empresa está subordinada al interés superior del Estado". En la Argentina no tenemos una referencia de tal índole, sin embargo, existe numerosa bibliografía sobre la *responsabilidad social* de la empresa y la función social de la propiedad.

Así vemos que para Zavala Rodriguez, la *noción jurídica de la empresa* está integrada por una serie de elementos: 1) la organización; 2) la capacitación; 3) la orientación y la función social; 4) la lucratividad; 5) las relaciones con los empleados; 6) los servicios y relaciones con la clientela; 7) las relaciones con el Estado y la comunidad³³.

Siendo el presupuesto principal de la empresa, como hemos dicho, la organización. Otro elemento fundamental del mundo empresarial está configurado por la persecución del lucro; elemento que se encuentra mencionado en el art. 8 incisos 1 y 2 del CCom, como configurativos de los llamados *actos de comercio* -próximos a desaparecer-³⁴.

En similar exégesis, Barbier menciona que una formulación jurídica de la empresa reúne un conjunto de características como son la organización, la capacitación, y la orientación y función social con que deben medirse: a) la lucratividad; b) la relación con los empleados; y c) los servicios y relaciones con la clientela³⁵.

d) En el Código de Comercio -próximo a ser absorbido por el Nuevo Código-, en el art. 8, que configura una caracterización objetiva del "acto de comercio" y hace una enunciación ejemplificativa de orden público³⁶, criterio que la legislación italiana a través de su Código Unificado de 1942 ha abandonado, donde el texto argentino menciona también al pasar a la "empresa":

"Art. 8°. La ley declara actos de comercio en general:

1° Toda adquisición a título *oneroso* de una *cosa mueble* o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor;

2° La transmisión a que se refiere el inciso anterior;

3° Toda operación de cambio, banco, corretaje o remate;

4° Toda negociación sobre letras de cambio o de plaza, cheques o cualquier otro género de papel endosable o al portador;

5° Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra;

6° Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto;

³¹ GUILIANI FONROGUE, Carlos M., Derecho financiero. Tomo I, 9° edición, La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 361.

³² La Ley tomo 68, pág. 506 y ss.

³³ ZAVALLA RODRIGUEZ, Carlos Juan, Derecho de la empresa, Depalma, Buenos Aires, 1971, pág. 94.

³⁴ ZAVALLA RODRIGUEZ, Carlos Juan, Derecho de la empresa, Depalma, Buenos Aires, 1971, pág. 97.

³⁵ BARBIERI, Eduardo Antonio, Contratación bancaria. Tomo 2. Empresas, Astrea, Buenos Aires, 2002, pág. 37.

³⁶ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino (parte general), 2da edición revisada y ampliada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, pág. 87.

7° Los fletamentos, construcción, compra o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo;

8° Las operaciones de los factores tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes, en cuanto concierne al comercio del negociante de quien dependen;

9° Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes;

10. Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial;

11. Los demás actos especialmente legislados en este Código".

Vemos entonces que la ley no da una definición de los "actos de comercio"³⁷, sino que hace una enunciación ejemplificativa de los mismos, al tiempo que establece la presunción del art. 5 del CCom., por el cual los actos de los comerciantes se presumen siempre "actos de comercio", siendo ésta una presunción iuris tantum.

"Art. 5°. Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamentos y legislación comercial. Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario".

Que sea una enunciación de orden público significa que los particulares no pueden darle carácter de acto de comercio a algo que no lo es, ni privar de esa calidad a un acto declarado tal por la ley³⁸. De tal modo, por "acto de comercio" algunos autos han entendido, que se trata de "actos jurídicos regidos por el derecho comercial", pero tal entendimiento ha sido abandonado; hoy se entiende por tal a un acto único de comercio que puede estar integrado por una serie de actos jurídicos que si bien aisladamente podrían ser considerados independientes o autónomos, se encuentran vinculados entre sí social y económicamente, y en ese forma son disciplinados por el derecho comercial³⁹.

e) Como vemos, la empresa es una realidad más amplia y abarcativa que la sociedad. La sociedad es la forma jurídica que adoptan las empresas, pero los vínculos jurídicos y relaciones en la que incurren las empresa excede el derecho societario (clientela, relación con los empleados, el valor llave, el fondo de comercio -que únicamente se encuentra regulado en la Argentina la transferencia o venta del fondo de comercio ley 11.867-, las marcas y patentes), y abarca el derecho laboral, administrativo (en la relación con el Estado), derecho tributario, y las ciencias de la administración. De tal modo, se ha dicho que la organización empresaria es aprehendida por el derecho en forma parcial, sin abarcar la totalidad de ella⁴⁰.

VI.- La reforma que introduce el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino

El nuevo Código Civil y Comercial revierte -parcialmente- la tendencia a "descodificación" que antes mencionábamos, unificando el derecho civil y comercial argentino.

Hablamos que la reversión de la "descodificación" es sólo parcial, por cuanto una significativa cantidad de leyes -muchas de ellas muy importantes- mantienen su vigencia por fuera del nuevo Código. Así, al decir del profesor Araya, el derecho comercial está compuesto de un sistema (previsto en el Código) y varios "microsistemas"⁴¹ (establecidos en las leyes complementarias).

Tales leyes mercantiles que mantienen su vigencia e independencia del Nuevo Código son:

³⁷ Dijimos antes que no es función de los Códigos dar definiciones, sino que tal labor está reservada a la doctrina de los autores.

³⁸ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino (parte general), 2da edición revisada y ampliada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, pág. 89.

³⁹ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho comercial argentino (parte general), 2da edición revisada y ampliada, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1963, pág. 89.

⁴⁰ ROULLION, Adolfo A. N. (director), Daniel F. Alonso (coordinador) en AAVV Código de comercio comentado y anotado, tomo I, Adolfo N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 34.

⁴¹ ARAYA, Miguel Carlos, "El contenido del derecho comercial a partir del Código Civil y Comercial", La Ley 20.04.2015, pág. 1.

leyes 928 y 9463 (Warrants), 9644 (Prenda agraria), 11.867 (Transferencia de Fondos de Comercio), 17.418 (Seguros), 20.091 (Entidades de Seguros), 20.094 (Navegación), dec.ley 5965/63 (Letra de cambio y pagaré); 20.266 y 25.028 (Martilleros y Corredores, parcialmente), 20.337 (Cooperativas), 20.705 (Sociedades del Estado), 21.526 (Entidades financieras), 21.768 (Registros Públicos), 22.315 (IGJ), 22.316 (Registro Público de Comercio de la Capital Federal), 22.362 (Marcas), 23.576 (Obligaciones negociables), 24.240 y modificaciones (Consumidor), 24.441 (Financiamiento), 24.481 (Patentes), 24.452 (Cheques), 24.522 (Concursos y Quiebras), 24.587 (Nominatividad), 24.766 (Confidencialidad), 25.065 (Tarjetas de crédito), 25.156 (Defensa de la competencia) y 26.831 (Mercado de capitales); dec. 897/95 (Prenda con registro) y dec. 142.277/1943 (Sociedades de Capitalización y Ahorro).

Además de ello, el nuevo Código Unificado ha eliminado el "acto de comercio" -que fue reemplazado por la "actividad económica organizada"; y al "comerciante" por el "empresario"⁴². Así como a las sociedades civiles antiguamente regidas por el Código Civil. Una de las novedades más importantes fue la introducción de las sociedades unipersonales, las que se encuentran permitidas en el art. 1 de la Ley de Sociedades n° 19.550 (con las modificaciones que le introduce la ley 26.994) bajo la forma de sociedades anónimas.

De todos modos, la doctrina especializada ha entendido que la materia comercial, más allá de la supresión "nominal" en el Nuevo Código, la misma subsiste; siendo un eje articulador de ello el nuevo art. 320 CCC, que obliga a llevar contabilidad a "quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios".

VII.- Las sociedades en la Argentina como contrato

Una de las características de la LS es que refiere a la sociedad como un "contrato" (plurilateral)⁴³, de tal modo la ley argentina actual no admite la sociedad o empresa unipersonal⁴⁴. De todos modos, en el Código Civil y Comercial Unificado y la modificación de las leyes complementarias se prevé al figura jurídica de la Sociedad Anónima Unipersonal⁴⁵, como un modo de resguardar al patrimonio personal del pequeño comerciante. Sin embargo, no se siguió la tendencia continental europea de permitir la constitución de empresas unipersonales bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada.

Aquello que une a las partes en la sociedad es la llamada "affectio societatis". Por tal se entiende "la predisposición de los socios de colaborar en la realización de todos aquellos actos que sean necesarios para alcanzar el fin para el cual se ha constituido la sociedad". Ciertamente es que esta affectio societatis no se presenta en el caso del accionista-inversionista. La ley argentina no prevé la desaparición de la "affectio societatis" como una causal de disolución de la sociedad (Confr. art. 94 LS)⁴⁶.

Otro de los requisitos esenciales del contrato de sociedad es el aporte que los socios deben realizar a la sociedad (arts. 1, 37 y 193 LS). El aporte determina en que medida participa el socio en la sociedad, y por tanto, su incidencia en la adopción de decisiones, participación en los beneficios, en la

⁴² FAVIER DUBOIS (h.), "La derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: apariencia y realidad", La Ley 2015-A, pág. 1104.

⁴³ ROMANO, Alberto Antonio en AAVV, Código de comercio comentado y anotado, tomo III, Adolfo N. Rouillon (director), Daniel F. Alonso (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 1.

⁴⁴ ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 3.

⁴⁵ Art. 1 LS Ley 19.550 (con modif por ley 26.994) "...la sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal".

⁴⁶ ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 5 y 6.

posibilidad de ejercer ciertos derechos (arts. 160, 236, 294 inc 6 LS)⁴⁷.

Para la ley, la sociedad es, obviamente, un persona jurídica distinta de sus socios (art. 2 LS).

El instrumento constitutivo, o "contrato social" puede ser instrumentado por instrumento público o privado con firmas certificadas por escribano.

El contrato social debe ser inscripto en el Registro Público de Comercio del domicilio de la sociedad (art. 5 LS, que con las reformas de la ley 26.994 será simplemente "Registro Público"), teniendo dicha inscripción carácter constitutivo, porque solo a partir de ese momento se considera regularmente constituida a la sociedad⁴⁸.

a) Los "tipos" societarios

La ley argentina está organizada conforme a tipos societarios, vale decir, formas societarias previstas en la norma, a la cual se tienen que adecuar los particulares. El tipo societario es cada una de las formas establecidas en la ley, bajo la cual las partes pueden organizarse⁴⁹. La tipicidad determina el ordenamiento aplicable a cada forma de organización.

La falta de adopción de un tipo, trae aparejada, para parte de la doctrina, no la nulidad de la sociedad, sino la constitución de una sociedad irregular (art. 21 LS y ss, que tiene por principal característica que los socios son solidariamente responsable por los actos de la sociedad). Otros consideran que las sociedades que no adoptan un tipo societario concreto son nulas de nulidad absoluta (conforme arg. art. 17 1º parte LS)⁵⁰. Sin embargo, las reformas a la leyes complementarias dispuestas por la ley 26.994 ha inclinado la balanza en favor de la primera de las posturas.

Los tipos societarios más importantes son: a) la Sociedad Anónima, y b) la Sociedad de Responsabilidad Limitada. Otros tipos societarios adoptados por la ley argentina son: c) la sociedad colectiva, d) la sociedad encomandita simple, e) sociedad de capital e industria, y f) la sociedad encomandita por acciones.

Sociológicamente, la percepción social es que la sociedad anónima está reservada para las empresas económicamente más importantes; al tiempo que la SRL es utilizada por los emprendimientos menores, tales como las pequeñas y medianas empresas (PyMES). Sin embargo, algunos datos de la realidad contradicen en ocasiones esta percepción; ya que existen multinacionales que en la Argentina han adoptado la forma de una Sociedad de Responsabilidad Limitada.

a.1) Las sociedades en particular

a.1.1) Sociedades de Responsabilidad Limitada:

Este tipo de sociedad manifiesta una figura intermedia entre las sociedades de personas (o de parte de interés) y las accionarias.

El número de socios no puede exceder de 50 personas (art. 146 LS), quienes limitan su responsabilidad a la integración de las cuotas que suscriban o adquieran.

El capital se divide en cuotas sociales (146 LS), el nombre de la sociedad puede incluir el de uno o más socios seguido de la indicación "SRL".

El gobierno (administración y representación) de la sociedad estará en manos de la gerencia, que corresponde a uno o más gerentes, sean socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato.

⁴⁷ ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 5.

⁴⁸ ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 12.

⁴⁹ ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 4.

⁵⁰ ZUNINO, Jorge Osvaldo, Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550, 14º edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1996, pág. 84.

En cuanto a las asambleas societarias, las decisiones en las mismas se adoptan por mayoría, que debe representar como mínimo más de la mitad del capital social. Cada cuota solo da derecho a un voto (art. 161 LS).

a.1.2) Sociedad Anónima

En este tipo de sociedad (que configura el símil a la S.p.A., o sociedad por acciones italiana) el capital se encuentra representado por acciones, y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscritas (art. 163 LS). La denominación de la misma puede incluir el de uno o más socios seguido de la indicación "SA".

En el contrato social, deben elegirse los órganos de administración y fiscalización. La sociedad es representada por un Directorio, integrado al menos por 3 directores (art. 255 LS), rige respecto de ellos, dos principios: la libre elegibilidad y libre revocabilidad. Se trata de cargos remunerados. La representación de la sociedad corresponde al Presidente del directorio (art. 268 LS). El directorio puede designar a uno o más gerentes, sean directores o no, revocables libremente, a quienes se le pueden delegar funciones ejecutivas de la Administración (270 LS).

El Presidente del Directorio será el encargado de convocar al otro "órgano de gobierno" las Asambleas Ordinarias (cuya competencia se encuentra regulada por el art. 234 LS) o Extraordinarias (art. 235 LS). Y si bien hemos dicho que ambos -Directorio y Asamblea- son órganos de gobierno, en la gran empresa (más allá de las atribuciones legales de las Asambleas) sucede que el verdadero gobierno queda en manos de "management" (o de la tecnocracia especializada integrante del órgano de administración)⁵¹.

La fiscalización estará a cargo de una sindicatura o de un consejo de vigilancia, conforme la importancia de la SA.

Las S.A. más importantes (por el monto del capital social, porque hagan oferta pública de acciones, porque exploten concesiones o servicios públicos) tendrán una fiscalización estatal permanente (art. 299 LS).

Las acciones representan el capital social y pueden ser nominativas o escriturales (art. 215 LS), las nominativas pueden ser endosables o no endosables. Su transmisión debe notificarse por escrito a la sociedad. En las escriturales, la sociedad debe llevar un registro, y la calidad de socio ya no resulta de la posesión del título adquirido de acuerdo a la ley de circulación, sino de las constancias de las cuentas abiertas en los registros de acciones escriturales (art. 208 LS). Las acciones nominativas son títulos valores que cumplen una triple función; probatoria, legitimante y dispositiva⁵².

b) Las formas colaborativas

Existen también en la ley de sociedades n° 19.550 formas o contratos de colaboración empresarial, que no constituyen personas jurídicas -aunque la jurisprudencia ha admitido su presentación en juicio, símil a los consorcios de propietarios de una propiedad horizontal-. Estas son: b.1) la agrupación de colaboración, y b.2) la unión transitoria de empresas. A ellas hay que agregar b.3) los consorcios de colaboración.

b.1) Así tenemos a las agrupaciones de colaboración (art. 367 y ss LS) el que mediante un contrato, las sociedades y empresarios individuales pueden agruparse a fin de establecer una organización común con la finalidad de facilitar o desarrollar determinadas fases de la actividad

⁵¹ ZUNINO, Jorge Osvaldo, Régimen de sociedades comerciales. Ley 19.550, 25° edición actualizada, Astrea, Buenos Aires, 2014, pág. 237.

⁵² ROMANO, Alberto Antonio, op. cit., pág. 504.

empresarial de sus miembros o incrementar el resultado de tales actividades (art 367 LS).

La agrupación en cuanto tal *no puede perseguir fines de lucro (368 LS)*, las ventajas que genere recaen directamente en el patrimonio de las sociedades que la integran.

No constituyen sociedades ni son sujetos de derecho.

Las resoluciones se toman por mayoría de los participantes, y la dirección está a cargo de una o más personas físicas designadas en el contrato o posteriormente por resolución de sus participantes (siendo aplicables respecto de ellos el régimen de los mandatos comerciales -se actúa en nombre y en representación de).

Su duración no puede exceder de 10 años (369 LS), deben constituir un fondo común operativo, que se integra con las participaciones que hacen los miembros y se mantendrá indiviso. Este fondo común operativo opera como un patrimonio de afectación, no como un atributo de la personalidad.

Los participantes responden ilimitada y solidariamente respecto de terceros.

b.2) La otra forma de colaboración prevista en la ley de sociedades es la unión transitoria de empresas (art. 377 LS), (UTE).

Se instrumenta también a través de un contrato, y las sociedades o empresarios individuales se reúnen *para el desarrollo y ejecución de una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de la República*, y pueden desarrollar obras y servicios complementarios y accesorios al objeto ppal.

Al igual que las anteriores, las UTE tampoco constituyen sociedades ni son sujetos de derecho. Su duración será la duración de la obra o servicio a desarrollar.

Se designa un representante que puede ejercer los derechos o contraer las obligaciones que hicieren al desarrollo o ejecución de la obra, servicio o suministro.

El contrato debe ser inscripto en el Registro Público de Comercio. En cuanto a la responsabilidad, salvo disposición en contrario, no se presume la solidaridad por los actos y operaciones desarrolladas o ejecutadas, ni por las obligaciones contraídas frente a terceros (art. 381 LS).

b.3) Finalmente, tenemos una ley de consorcios de colaboración n° 26.005, donde los consorcios nuevamente no configuran un sujeto de derecho nuevo, ni persona jurídica ni sociedad, sino que son -al igual que las anteriores- formas contractuales (art. 2 ley n° 26.005). El contrato asociativo, que debe ser otorgado por escritura pública o por instrumento privado con firmas certificadas, se debe inscribir en el Registro Público que corresponda a su jurisdicción.

VIII.- La participación estatal directa en la economía: formas jurídicas

El Estado (tanto Nacional, Provincial como Municipal) puede participar e intervenir directamente en la economía mediante distintas técnicas jurídicas: a) Empresas del Estado; b) Sociedades del Estado; c) Sociedades de Economía Mixta (SEM); d) Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria -SAPEM- (prevista como una sección dentro de la ley de sociedades -arts. 308 a 314 LS).

Sin embargo, últimamente, el Estado ha optado lisa y llanamente por la adopción de la forma propia de las S.A. netamente privadas; configurándose lo que los españoles han llamado "la huida del derecho administrativo", a los fines de escapar los controles del derecho público.

Es de remarcar, que a diferencia de lo que sucede en Italia, los distintos estamentos del Estado en la Argentina no han optado participar en una S.R.L.

En cuanto a la mixtura entre derecho público y privado que suponen estas formas de "empresas

públicas", debemos mencionar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "La Buenos Aires Seguros c/Petroquímica Bahía Blanca"⁵³ de fecha 12.05.1988, donde el Alto Tribunal Nacional consideró que la Sociedad demandada -que revestía la forma de SAPEM- debía dar vista de sus documentos al actor (que había licitado para una contratación de seguros), al entender que la misma configuraba una forma (amplia) de descentralización administrativa. La empresa, en el marco del amparo interpuesto, se negaba a ello aduciendo que se trataban de papeles privados.

Sin embargo, con la sanción del Nuevo Código, el "holding" de "La Buenos Aires" entrará en directa contradicción con el art. 149 CCC, que prevé que "la participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas".

a) Empresas del Estado.

Se trata de las formas empresariales más próximas al derecho público, tanto que muchas de ellas han sido creadas por el legislador como "entidades autárquicas" de derecho público⁵⁴.

Se encuentran reguladas por las leyes n° 13.653, 14.380 y 15.023. La segunda de las normas mencionadas, que prevé en su art. 1º, que si la empresa del Estado desarrolla actividades comerciales o industriales, queda sometida al derecho privado; y si la actividad de la misma consiste en la prestación de servicios públicos, queda sometida al derecho público.

Por tanto, este tipo societario, se caracteriza por tener ese doble régimen con mayor acento de derecho público que privado. Tanto es así que prácticamente han sido reguladas como si fueran entes autárquicos, aunque existen diferencias con éstos, como ser que los últimos están regidos íntegramente por el derecho público y sus agentes son todos funcionarios públicos, no así en la empresa del Estado que además de estar regida parcialmente por el derecho privado, solo sus funcionarios superiores son considerados funcionarios públicos⁵⁵.

Los bienes pertenecientes a este tipo societario que se encuentren afectados directa o indirectamente a la prestación de un servicio público, forman parte de los bienes del dominio público del Estado. En los actos o contratos de naturaleza mixta, se aplica el derecho administrativo⁵⁶.

b) Sociedades del Estado.

Se llaman así a las sociedades constituidas bajo las formas de derecho privado (generalmente anónimas) pero cuyas acciones están totalmente en poder del Estado. Están en su mayor parte sometidas al derecho privado, aunque a veces se les aplicó el derecho público (por ejemplo se consideró a su personal directivo como ante publico y el vínculo con el Estado de Derecho Público). Se encuentran reguladas por la ley n° 20.705.

La particularidad más importante de ellas, es que pueden ser unipersonales. Siendo por tanto, durante mucho tiempo el único caso de sociedad unipersonal en la Argentina, hasta la sanción de la ley 26.994.

La intención del legislador fue dotar al Estado de un elemento dinámico que le permitiera actuar como empresario, amalgamando en un mismo tipo societario la dinámica propia de una sociedad regida

⁵³ Fallos 311:750.

⁵⁴ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de derecho administrativo. tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 452. Donde el autor no coincide con tal caracterización, sosteniendo, en cambio, que se trata de "entes públicos no estatales", ya que la actividad comercial e industrial no constituye una función estatal estrictu sensu.

⁵⁵ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 1º edición, FDA, Buenos Aires, 2013, pág. XIV-16.

⁵⁶ ALFONSO, María Laura, Régimen de nacionalización de empresas privadas, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 36.

por el derecho privada y la garantía de un orden social inherente a la propiedad estatal⁵⁷.

Este tipo societario son creadas por ley o decreto (art. 9), aunque hoy en día por la manda de la ley n° 25.152 sólo podrían ser creadas por ley; no puede ser declaradas en quiebra (art. 5 ley n° 20.705), solo pueden ser liquidadas por el Poder Ejecutivo con autorización legislativa. A las Sociedades del Estado no les son aplicables las leyes de contabilidad, de obras públicas y de procedimientos administrativos (art. 6 Ley n° 20.705).

La principal diferencia con la empresa del Estado, es que en las sociedades del Estado se adopta una forma similar a las sociedades privadas, mientras que las primeras tienen una forma típicamente estatal. En las sociedades del Estado éste controla internamente a la sociedad, desde dentro de ella misma, a través de la asamblea de accionistas que estará integrada por funcionarios de la Administración Central que concurrirán al efecto munidos de su paquete accionario.

En la empresa del Estado en cambio el control lo hará externamente, desde afuera de la empresa, nombrando por ej. por decreto el Poder Ejecutivo a los directores de la empresa, además en la empresa del Estado los particulares afectados por sus actos podrán recurrir a la Administración Central, suscitando otra vez el control externo del Estado; en cambio ello no pasa en la sociedad del Estado⁵⁸.

Si se compara la sociedad del Estado con la sociedad de economía mixta; vemos que mientras en aquella el capital es solamente estatal, en las segundas, es tanto estatal, como privado.

Con la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, tienen en común que las dos tienen forma de sociedad anónima y su capital se divide en acciones. Pero mientras la sociedad del Estado puede estar integrada por un socio único (el Estado), la otra debe estar integrada al menos con dos socios, aunque ambos sean entidades estatales. Además, la sociedad del Estado no admite la participación de capital privado, mientras que la SAPEM admite la participación minoritaria de capital privado.

c) Sociedades de economía mixta (SEM).

Son sociedades cuya regulación surgió con el decreto 15.349/1946, ratificado luego por ley 12.962, configurándose como sociedades anónimas formadas por el Estado Nacional, provincial, municipal o entidades autárquicas, por un lado, y por personas privadas en cualquier proporción del capital, para satisfacer necesidades de orden colectivo o para el fomento de actividades económicas⁵⁹. Pueden ser personas de derecho publico o privado según su finalidad (art. 2 Ley 12.962).

La diferencia mas importantes entre las SEM y las otras sociedades en que hay capitales estatales y privados, es que en las primeras la participación estatal es estatutaria y permanente, mientras que en las segundas es accidental e informal. En las SEM el acta constitutiva, decreto o ley de creación determinan imperativamente el modo y porcentaje de participación del Estado, y esto no puede cambiarse sin modificar dicho acto en forma expresa, en cambio, en las demás sociedades el Estado participa a través de la adquisición de acciones, sin ningún compromiso de seguir integrando la sociedad, y puede entonces venderlas en cualquier momento sin afectar la sociedad⁶⁰.

d) Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria.

⁵⁷ ALFONSO, María Laura, Régimen de nacionalización de empresas privadas, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 47.

⁵⁸ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 1° edición, FDA, Buenos Aires, 2013, pág. XIV-17.

⁵⁹ MATA, Ismael, "Los actos de las empresas y sociedades del Estado", en AAVV Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo, RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 25.

⁶⁰ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, 1° edición, FDA, Buenos Aires, 2013, pág. XIV-18.

Se trata, como hemos dicho, de una forma de intervención estatal en la economía que se encuentra regulada sistemáticamente en la ley de sociedades n° 19.550.

La caracterización que hace el art. 308 LS requiere que el Estado sea titular del por lo menos el 51% del capital social, y que sean suficientes para prevalecer en las asambleas ordinarias y extraordinarias. Incluye tal calificación las sociedades que tengan dicha composición, tanto ab initio, como con posterioridad al contrato de constitución, siempre que una asamblea especial así lo decida (art. 309 LS).

En cuanto a la administración y representación de la Sociedad, el Estado es quien designa al Directorio.

Históricamente, las SAPEM no podía ser declaradas en quiebra (en virtud de la manda del antiguo art. 314 LS); sin embargo, tal prohibición ha sido derogada por la ley n° 24.552 (de Concursos y Quiebras). Por tanto, hoy en día, la ley permita la quiebra de estas sociedades.

IX.- Conclusión

Hemos repasado someramente las principales características del derecho comercial argentino, al tiempo que explicamos sucintamente la organización política e institucional y los modos directos de participación del Estado en la economía.

Sin lugar a dudas, estamos enfrentando en la Argentina momentos de grandes cambios en nuestro derecho. Lo que justifica y exige el conocimiento del derecho comparado para conocer cómo se han resuelto los problemas de la transición en otros ordenamientos jurídicos⁶¹; al tiempo que aprendemos de nuestros colegas extranjeros en un mundo cada vez más interconectado, en el marco de la sociedad de la información y el conocimiento.

⁶¹ Al respecto, escuché a un profesor decir que estamos en la Argentina, en cuanto a la evolución y unificación del derecho, como estaba Italia en 1942.