



REVISTA
TRIMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año 2 – Número 5/6

DICIEMBRE DE
2011

ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de

Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina

ISSN: 2618-4133

SUMARIO

SECCION DOCTRINA

BANCHIO, Pablo R.: "Evolución histórica de los modelos societarios" 3

SECCION JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Parke Davis y Cía. S.A., Buenos Aires, 31 de julio de 1973..... 24



DOCTRINA JURÍDICA

Año II – Número 5/6

Diciembre de 2011

ISSN 2618-4133

Director/Editor responsable:

Pablo R. Banchio

Secretario de Redacción:

Marta S. Marín

Redacción:

Zapata 517 5° "C" (C1426ABF)

Ciudad de Buenos Aires

Argentina

Tel: (+54-11) 4774-5586

pbanchio@hotmail.com

SECCION DOCTRINA

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MODELOS SOCIETARIOS

Pablo Rafael Banchio

SUMARIO

1. Introducción; 2. Alcances de este estudio, 3. Horizonte de Historia del derecho, 3.1 Edad Antigua, 3.2 Edad Media, 3.3 Edad Moderna, 3.4 Edad Contemporánea; 3. Teoría trialista; 4. Horizonte de derecho comprado; 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho se desarrolla dentro del marco de la temporalidad. Tanto el tiempo humano como el jurídico abarcan todo el pasado, el presente, y el porvenir. La influencia de unos momentos sobre otros y la captación de unos momentos por los protagonistas de otros nos autorizan a hablar de transtemporalidad. En este sentido podemos ubicar a la historicidad del Derecho a través de sus despliegues temporales y transtemporales de pasado, presente y porvenir. Aunque el eje del Derecho está en el porvenir, es ineludible la importancia de la dimensión del pasado, de la Historia¹.

A pesar de ello, en el mundo actual el nexo visible entre la historia y el derecho, constructor de ella, está desgarrado. Gracias a la

globalización disponemos de accesos a la información como nunca hubiéramos pensado. Sin embargo, se ha perdido la conciencia de la finitud del presente y de la continuidad del pasado.

De nuestra vida diaria han desaparecido los elementos históricos, aunque éstos, por lejos, no han perdido su influencia. En tiempos de transición -como es todo cambio de era- signados por la pérdida de orientación y por la inseguridad en cuanto al futuro, no podemos renunciar a la historia, al menos para aclarar el presente y encarar el porvenir.

A lo largo de las diversas experiencias históricas se va formando una profundidad cultural que sirve de cimiento a la realidad actual y que hay que hacer por lo menos parcialmente consciente. Al hilo de la profunda sabiduría de la historia los hombres vamos integrando y descubriendo las fórmulas para la plena realización de los valores justicia y humanidad².

Los seres humanos, sobre todo los occidentales, somos seres históricos, sin la capacidad de recordar nos caeríamos en el vacío, por tanto estamos obligados a conservar la historia como contrapeso al ímpetu creador, a la voluntad desnuda del sueño prometeico que nos impulsa hacia delante, que es nuestro destino³.

El Derecho, si bien no es para la historia ni se legitima por ella, es un elemento fundamental y visible de la historicidad. Es la pervivencia del pasado en el presente, en la vida de cada uno con perspectivas biográficas⁴. A través de él vemos que no hay ninguna posibilidad de huir de la historia, de reprimir su recuerdo y olvidarla

² CIURO CALDANI; *Perspectivas Jurídicas*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1985, p. 81.

³ BURCKHARDT, Carl; "El descubrimiento de lo inesperado", en *La historia entre ayer y mañana*, Munich, 1974, p. 20.

⁴ CIURO CALDANI; "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 10, p. 27.

¹ La temporalidad, como todo despliegue cultural, es tridimensional, abarcando las dimensiones cronológicas, lógicas, y axiológicas. CIURO CALDANI, Miguel Angel; *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, p. 10.

y mucho menos de negarla, aunque sin exagerar su importancia, para no convertirla en un obstáculo a la comprensión misma del Derecho.

2. ALCANCES DE ESTE ESTUDIO

Construir una historia supone comprender que siempre se hace desde alguna perspectiva, que en nuestro caso es jurídica, respecto de aquí y ahora, en "relación" con la cual los diversos acontecimientos adquieren una importancia especial. Supone también comprender el significado de las diversas cargas históricas, de modo que, por ejemplo, -como veremos a lo largo de este trabajo, tratando modelos societarios con más de dos mil años de historia-, no debe someterse a pueblos "jóvenes" como el nuestro a criterios obtenidos de realidades mucho más cargadas de experiencia ya que no se puede vivir de manera personalizante otra vida que no sea la propia⁵.

Si bien, v.g., las normas argentinas "transplantadas" por la recepción legislativa conceden personalidad jurídica por igual a todas las sociedades (menos a dos) -tal es el objeto de este trabajo-, a través de los tiempos, el concepto de sociedad, ha experimentado una notable evolución. En un principio imperó la idea de una comunidad de ganancias y pérdidas en forma accidental, posteriormente el criterio restrictivo e individualista romano de la *societas*, cuya insuficiencia provocó más tarde la aparición teórica del concepto de persona jurídica.

Desde fines del siglo XIX las corrientes del pensamiento sobre la sistematización de las sociedades mercantiles comenzaron a experimentar en Alemania una profunda

división y junto con la diversidad de la función, ganó terreno la separación entre sociedad de personas y de capital, la primera dirigiéndose al concepto de la sociedad propiamente dicha y la segunda al de la persona jurídica⁶.

De esta suerte, en la familia de derecho occidental, las legislaciones de los países latinos, menos Italia, reconocen la personalidad jurídica a todas las sociedades comerciales y las legislaciones de los países germánicos y el sistema del *common law* distinguen entre sociedades de personas y de capital para la atribución de esa personalidad. En la postmodernidad el fenómeno grupal, nacido en las últimas décadas de la contemporaneidad en sentido estricto, desborda los marcos existentes y coloca la cuestión en un estado similar al que principia este estudio.

En Argentina, la permanente referencia a normativas extranjeras que fuera de circunstancia asumen a menudo el papel de legislación encubridora de la realidad, las verdaderas sociedades comerciales que son el elemento dinamizador o al menos más característico del modelo económico de capitalismo liberal que envuelve al mundo globalizado encuentran tropiezos y dificultades muy especiales. Argentina es un país con escasas posibilidades de asimilar realmente el modelo que hoy se impone, ya que por su cultura tiene dos sectores con *concepciones económicas* y receptividades muy diferentes respecto de este⁷.

Consecuentemente con ello el país se debate en una mezcla de feudalismo y capitalismo sin que su propia capacidad la sitúe de modo consistente en ninguno de los dos modelos⁸.

⁶ BRUNETTI, Antonio; *Tratado de Derecho de las sociedades*, T. I, UTHEA, Buenos Aires, 1960, p. 205.

⁷ CIURO CALDANI; "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Vol. VI, Buenos Aires, 1983, p. 21.

⁸ Ibidem.

⁵ CIURO CALDANI; *Perspectivas ...*, p. 99

De cierto modo puede decirse que el régimen societario argentino es más virtual que real debido a la desconexión de las normas con la realidad que deberían captar.

En las líneas que siguen se expone el "espesor" cultural de la carga histórica que poseen los modelos societarios actualmente vigentes en el sistema occidental y transplantados a nuestro país que, imposibilitado -por su parasitismo jurídico- de elaborar modelos propios, resulta condenado a la recepción de paradigmas societarios diversos, a menudo incompatibles entre sí y generadores de escasa asimilación e incluso de rechazo ya que en Argentina -de muy limitada tradición empresaria- ninguno de éstos modelos de sociedad tiene historia propia.

Su comprensión ayudará a explicar porque las normatividades argentinas en la materia son inexactas ya que su cumplimiento no se produce alejando al ordenamiento de la realidad de la vida imposibilitando la realización de los valores que reclama. Sin embargo, pese al fuerte desarrollo de sociedades de "hecho", de "familia", de "puntos", de "componentes", todas ellas, por supuesto se encuentran excluidas de las fuentes formales legislativas "vigentes".

Como conclusión se propone la captación tridimensional de la realidad de la vida que refleje normas cuyo cumplimiento se produzca mediante el empleo de prácticas fecundas al respecto, contribuyendo a la difusión de las perspectivas más enriquecedoras del verdadero orden de repartos y del complejo axiológico de nuestra sociedad.

Será el único modo de remover el aislamiento de la existencia argentina que torna inviable el desenvolvimiento de las dos grandes manifestaciones de la vida actual sobre las cuales parece estar constituyéndose un Estado mundial: el predominante mercado y la referencia a la democracia.

3. HORIZONTE DE HISTORIA DEL DERECHO

Quien no se puede relacionar plenamente con su propia vida, con la existencia vivida, buscará en vano su identidad. En el Derecho, como en ningún otro despliegue cultural, esto se reconoce en plenitud; ya que el hombre occidental, ese hombre "sin piso" ha flotado hacia su destino a lo largo de la historia con plena conciencia de la temporalidad dotada de sentidos y de oportunidades⁹ valiéndose del derecho como constructor de la misma al hilo de la finalidad objetiva de los acontecimientos.

Por eso nuestro relato parte de Babilonia ya que la cultura persa es parecida a la griega, que es donde principia esa aventura de flotación que se materializa en un derecho abierto, aéreo y que no está enclaustrado, el derecho occidental prometeico del mundo según nuestra voluntad¹⁰.

Continúa en Roma, una cultura superficial que legó a Occidente la idea del derecho privado patrimonial (el reino de los repartos autónomos). Prosigue con el nacimiento de las primeras sociedades mercantiles, tal cual hoy las conocemos, en la Edad Media como consecuencia del desarrollo de las actividades comerciales y el surgimiento del capitalismo recibiendo influencias provenientes de esas culturas de la antigüedad occidental primitiva¹¹.

Se prolonga en la Edad Moderna, donde la sed de riquezas sugirió la idea de empresas más

⁹ CIURO CALDANI; *Estudios ...*, p. 10.

¹⁰ Idem, p. 53.

¹¹ GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987, ps. 596-ss. y FONTANARROSA, Rodolfo; *Derecho Comercial Argentino (Parte General)*, Víctor Zavalía, Buenos Aires, 1956, ps. 18-30.

audaces¹² y nos ofrece la primera sociedad anónima con características similares a la actual y se extiende a la contemporaneidad en sentido estricto cuando la búsqueda de una economía que al menos en la producción, distribución o consumo límite el sentido de lucro da origen a las sociedades cooperativas y un sistema mixto de sociedad de responsabilidad limitada, en el que la importancia del capital está atenuada por la consideración importante que adquiere la persona del socio.

Ya en el siglo XX, con el protagonismo del Estado, nació la sociedad de ese tipo, y para conciliar la iniciativa privada y la institucionalidad estatal, la sociedad de economía mixta y la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria como intentos intermedios de vencer la brecha entre los dos paradigmas societarios, el particularmente intenso de la iniciativa privada y el estatal mucho menos "empresario" que imperó v.g. en los sistemas de los países socialistas.

En la Postmodernidad los grupos han desbordado el cuadro societario donde ya no hay un interés social, sino que prevalece el grupal, la cabeza dejó de ser una persona física empresaria y el socio es decididamente un inversor que tiene parcial interés en la suerte común porque vende sus acciones esperando una ganancia personal más que aguardar a la ganancia social.

Este abanico es una muestra progresiva y ascendente del despegue de la realidad natural que caracteriza al capitalismo y que ha encontrado en la sociedad anónima su figura más típica, a punto tal que implica que el capital pretende personalizarse por si solo¹³, lo que ha llevado a definirla como un capital con

¹² BESTA, *Le obligazioni nella storia del diritto italiano*, Padua, 1937, p. 335, *apud* BRUNETTI; *op. cit.*, T. II, p. 8.

¹³ CIURO CALDANI; "Notas para la comprensión capitalista del derecho comercial", *Boletín ...*, N° 18, p 31.

personalidad jurídica¹⁴, que excede los límites del Estado para obedecer la lógica de una economía planetarizada.

Cada modelo jurídico como cauce formal de organización de la empresa correspondió a la lógica de la temporalidad del momento histórico que marcó su origen. Así como a cada edad de la historia le corresponde a un modelo cultural, económico, político, filosófico e incluso artístico determinado, también ocurre lo mismo con uno societario y en la postmodernidad cuando el capital y la economía son mundiales resulta lógico que lo sean también las sociedades¹⁵.

3.1 EDAD ANTIGUA

A) VISIÓN BÁSICA

Conforme la actitud del hombre antiguo ante la economía comienza a abrirse una tensa relación entre utilidad y poder - que explica el fenómeno de la esclavitud- y se refleja en las características de sus primitivas formas asociativas. La ausencia de una estructura económica capitalista hizo innecesaria la formación de sociedades mercantiles ya que las grandes industrias (minas, construcciones, obras hidráulicas) eran explotadas por el estado¹⁶ y las formas asociativas eran meros negocios accidentales, sin capacidad de imprimir fuerza propulsiva en la economía de intercambios y carentes de los elementos con que hoy se visualiza la sociedad, solamente limitados a la participación de

¹⁴ ASCARELLI, Tullio; *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.

¹⁵ CIURO CALDANI; "Aspectos filosóficos del régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales", *Boletín ...*, N° 20, p 31.

¹⁶ ZALDIVAR, Enrique, MANOVI, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo; *Cuadernos de Derecho Societario*, Tomo I, Macchi, Buenos Aires, 1973, p. 2.

utilidades o asunción de riesgos compartidos en operaciones específicas.

En la cultura romana, la notable evolución del derecho como realizador de equilibrio entre los valores utilidad y poder, perfiló formas asociativas que fueron tomadas como contratos, donde no existía un patrimonio diferenciado al de cada uno de los contratantes confundiéndose ambos. Los componentes - propietarios de los bienes que aportaban - respondían por las obligaciones que contraían en su gestión por la sociedad. El capital afectado no constituía una garantía para los acreedores ni creaban, por medio de ese contrato, un sujeto de derecho distinto a los integrantes sino más bien un núcleo patrimonial, por lo que no gozaban de personalidad sino excepcionalmente cierta unidad de representación por razones de utilidad procesal y patrimonial para las reglas del procedimiento.

Eran sociedades estrictamente personalistas ya que la muerte de alguno de sus integrantes determinaba necesariamente la disolución del negocio, con excepciones contempladas al final del Imperio. Los beneficios y las pérdidas eran estipulados, no existiendo la responsabilidad solidaria, ya que cada socio respondía integralmente por su parte. Eran contratos que no pasaban de la regulación de las relaciones internas, de las mutuas obligaciones de los socios quienes tenían sobre las cosas comunes una copropiedad por cuotas simplemente ligadas por la convergencia de los fines¹⁷.

¹⁷ Los socios que, en el común ejercicio, v.g., han comprado cereales, son tratados, con referencia a los terceros, como si cada uno de ellos hubiese comprado una parte del grano, y las diversas masas se hubiesen confundido. Por eso no existe un patrimonio social autónomo, sino un patrimonio en condominio correspondiente solamente a alguno de los socios, y dedicado obligatoriamente a la consecución del fin de la sociedad, destinación que puede ser destruida o por el socio mismo que, contraviniendo el compromiso social, enajena los

Si bien no puede decirse que los pueblos tratados sean herederos unos de otros, sus figuras asociativas son instituciones jurídicas universales por la simplicidad de su fundamento económico, la asociación de capital y trabajo, a las que se conoce como *commendas*.

En Babilonia y Grecia son unilaterales, un capitalista (*commendator*) entrega mercaderías o dinero al dueño de una empresa (*tractator*) que deberá lucrar con lo que le fue encomendado, generalmente en el extranjero (*portat laboratum*), repartiendo el beneficio obtenido a su regreso. En Roma, donde alcanzan una evolución importante, las *societas* ya tienen aportes de todos los participantes, se destaca en ellas claramente cierto factor social - pese al individualismo romano- y no obstante ser en muchos casos una sociedad accidental se forma en otra cierta comunidad patrimonial bajo la influencia del condominio, aun cuando frente a terceros solo actúe y responda el *tractator*¹⁸.

B) VISIÓN ANALÍTICA

1. BABILONIA

Babilonia, la ciudad más significativa de la Mesopotamia fue un importante centro comercial. No obstante estar sometida a un régimen teocrático-carismático brindó especial atención a la legislación que constituyó en tiempos sumerios, con el Código de Hammurabi (1792-1750 a.C.) la base de la evolución del derecho¹⁹.

bienes o la cuota, o por los terceros que hacen de aquéllos objeto de ejecución, separándolos del fin social que, como extraños, no están obligados a respetar BRUNETTI; *op. cit.* p399.

¹⁸ GIERKE, Julius von; *Derecho Comercial y de la Navegación*, TEA, Buenos Aires, 1957, ps. 266-267

¹⁹ Los dos "códigos" conocidos anteriores a este también son sumerios, el de Ur-Nammu (2112-2095 a.C.) y Lipit-Ishtar (1934-1924 a.C.). PARDIÑAS, Cristina;

Conoció una *commenda* de tipo unilateral, recogida en los §§ 94 a 105 de dicha colección jurídica, en la que dos personas se unen para un negocio accidental entregando el capitalista (*damgar*) dinero o géneros a un agente (*samallu*) para que este lucre con los valores que le encomienda y repartir luego el producido²⁰.

Si bien sus figuras -a falta de mayor precisión- se confunden con el mandatario o comisionista y si se considera al *damgar* comerciante, al *samallu* como su empleado o dependiente al estilo de un viajante, o su agente autónomo, al tener lugar una distribución del beneficio entre ambos -en vez de una remuneración-, existía una relación comandita. Una vez que el *damgar* otorga recibo (§ 105) el dinero obtenido por el *samallu* se asienta en el haber o cuenta (según los diferentes tipos), es decir que no le pertenece sin más al *damgar* aunque quede en su poder, sino que es común a ambos hasta que se produzca el reparto.

Aunque las normas del Código no hablan directamente de la participación del *samallu* en las ganancias, algunas de sus leyes parecen indicar que la misma existía, ya que se establece que sea el capitalista quien corra con el riesgo de la eventual pérdida de la cosa (§ 103); y el del fracaso de la operación, por el contrario, lo sufre el agente. El deber que incumbe a éste de rendir cuentas, también está fijado en el Código (§§ 100 y 104). De otros documentos surge que en caso de liquidación la misma se hace ante los jueces partidores del Templo de Samas al igual que el reparto de los beneficios o perdidas (§ 99)²¹.

"Los orígenes de la codificación", *La Ley*, 3 de febrero de 2005.

²⁰ GIERKE descarta la operación especulativa y su caracterización como una operación a comisión con participación de utilidades, en *op. cit.*, p. 266.

²¹ REHME, Paul; *Historia universal del Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, ps. 45-46.

2. GRECIA

Grecia, tuvo un derecho sobre todo público (repartos autoritarios) que llegó a desenvolver de manera importante el estado y la vida política²². Sus manifestaciones más trascendentales estuvieron caracterizadas por el apego a la libertad y por el espíritu individualista. Fue una cultura marítima que en el período del helenismo alcanzó importantes proyecciones comerciales y organizó la empresa naval mediante el *nautikon danktion* o préstamo marítimo a la gruesa, una forma contractual primitiva, quizás de origen fenicio, cuyos primeros antecedentes datan del 916 a.C.

Esta *commenda* unilateral, de objeto destinado a la explotación del comercio marítimo, consistía en el aporte (otras veces préstamo) que se hacía al armador o capitán de un barco con el objeto de que pudiera llevar a cabo su empresa. El éxito de la misma reportaba al primero un porcentaje variable de la eventual utilidad del negocio que rondaba entre el 21 y el 30 % del monto del préstamo aportado.

De ese punto de vista, en el *nautikon dantion*, puede verse que el capitalista aporta el dinero y el armador efectúa el transporte de las mercaderías. Si el viaje se realiza sin inconvenientes, este le devuelve a aquél su capital y el interés, que variaba según el riesgo y duración del viaje²³.

En caso de que el negocio fracasare, el *commendator* corría con las pérdidas, de tal modo, se diluía así la calidad de préstamo, ya que el capitalista (eventual prestamista) se

²² CIURO CALDANI; *Perspectivas ...*, p. 117 y *Estudios ...*, p. 56.

²³ ZALDIVAR, MANOVIL, *et alter*; *op. cit.*, p. 2, FARINA, Juan; *Tratado de Sociedades Comerciales*, Parte General, Zeus, Rosario, 1980, p. 36 y BALBÍN, Sebastián; "Evolución histórica de la sociedad comercial", *Estudios de Derecho Comercial moderno*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 172.

ligaba en cierta forma a la suerte de su prestatario (armador) desde que la pérdida del capital que había invertido e, inversamente, las ganancias, dependían del resultado de la aventura, repartiéndose los contratantes los riesgos y beneficios de la empresa marítima.

3. ROMA

PANORAMA GENERAL

En Roma, el Derecho fue uno de los protagonistas principales de la cultura relacionando a los hombres afirmados en la propiedad privada a través de la libertad de comprar y vender²⁴ en torno de las cuales comenzó a organizar sus derechos. En esta cultura individualista que consagró al contrato como base de sus relaciones (época del *ius civiles*) y a la ficción mediante las reglas del Pretor (en el tiempo del *ius gentium*), contempló formas asociativas que existieron en diferentes momentos de la historia y respondieron a la satisfacción también de necesidades diversas.

Dada la disparidad de modalidades societarias y las características del pensamiento jurídico romano, puede decirse que los distintos tipos no fueron derivando del más antiguo, sino que arrancaron por separado de orígenes independientes y sólo al final de la evolución del Derecho romano, en el período heleno o justiniano, se logró encuadrarlos en un concepto único de contrato consensual de sociedad²⁵.

Las líneas originarias de esta marcha confluente pueden verse en la *societas omnium bonorum*,

derivada para algunos del antiguo *consortium* familiar de la época arcaica en que acostumbraban a permanecer los *filiifamilias* a la muerte del *pater* y que también recibió el nombre de *erctum non citum*²⁶; la *politio*, contrato de la época clásica, en el que el propietario de un fundo y el perito agricultor (*politor*) que dirige la explotación participan en los beneficios, y la *societas quaestus*, en la que se señala una influencia bizantina y que fue introducida en la compilación del emperador oriental JUSTINIANO.

De todos modos, la *societas omnium bonorum* fue la figura más tenida en cuenta por los jurisconsultos clásicos y el pretor. Ella inspira y explica algunos caracteres y reglas del contrato romano de sociedad, aunque no es seguro que este *genus societatis pro proprium civium romanorum* derive del antiguo *consortium*²⁷.

CONCEPTO

Como anticipáramos, la sociedad es un contrato consensual, del tipo de las *commnedas* ya vistas pero diferenciándose en la duración del vínculo, ahora no solo ligado a un negocio accidental y en la bilateralidad, antes inexistente ya que son al menos dos las personas que se obligan (*verbis, literis* o por *nuncio*) a aportar bienes o trabajo, para la obtención de un fin lícito y de interés para los

²⁶ DI PIETRO, Alfredo, LAPIEZA ELLI, Angel; *Manual de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 299. El vínculo familiar que originariamente ligaba a los hermanos se extendió luego a terceros que alcanzaban una comunidad de vida (BRUNETTI, *op. cit.*, p. 25) "gui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint". Esta primitiva sociedad no era un contrato consensual ya que se constituía "apud praetorem, certa legis actionem". ARIAS RAMOS; *op. cit.*, p. 653.

²⁷ A partir de fragmentos de las *Institutas* de GAYO, ARIAS RAMOS sostiene que sí con fundamento en importante doctrina citada en su obra (Ibidem), entre otros BESELER y ARANGIO RUIZ, en tanto BRUNETTI afirma que se diferencian revelando el carácter individualista del condomínio romano, con citas, entre otros de GIERKE y FERRARA (Idem).

²⁴ "Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim", ULPIANO, *Digesto*, Libro I de las *Institutas*, apud CIURO CALDANI; *Perspectivas*..., p. 121 y *Estudios*..., p. 60.

²⁵ ARIAS RAMOS, J.; *Derecho Romano*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 652

contratantes.

ELEMENTOS

Se reconocen así tres elementos esenciales del contrato: a) la *afectio societatis* o *animus coeundae societatis*, como intención de constituir una sociedad, requisito primordial para distinguir este contrato de la indivisión de bienes, b) aportaciones recíprocas, que pueden ser de distinta naturaleza para unos o para otros contratantes y aún de importancia desigual, pero que no puedan faltar respecto de ningún negocio de este tipo, ya que de lo contrario transformaría la relación en una donación, y c) licitud e interés común del fin perseguido, v.g. una banda de asaltantes no constituye contrato de sociedad como tampoco aquel que no ofreciese interés para uno de los contratantes por haberse acordado que, contribuyendo a las cargas, no tendría participación alguna en los beneficios (*societas leonina*)²⁸.

CLASIFICACIÓN

Según la naturaleza del aporte, las sociedades pueden ser: *rerum*, si se aportan bienes; *operarum*, si se ponen en común actividades; *mixtae*, si ambas cosas. En atención a la extensión del aporte, *omnium bonorum*, si los socios contribuyen con la totalidad de su patrimonio presente y futuro (bienes y deudas); *lucri*, si se aportan solamente los bienes y deudas de su actividad adquiridos a título oneroso, excluyéndose las herencias, donaciones y demás adquisiciones lucrativas; *unius rei*, en la que se contribuye solamente con una cosa determinada. Según el fin perseguido, puede haber *societas quaestoriae*, si se proponen obtener una ganancia, *non quaestoriae*, si no consiste en lucro o beneficio de tipo económico.

La *societas omnium bonorum* se considera,

además, según las fuentes, universal en cuanto a los fines, y en tal aspecto se opone a la particular, *societas alicuis o unius negotiatonis*, en la que es una sola operación o una serie limitada y concreta de actividades, una determinada industria, el propósito de los socios (v.g. *publicanorum* o *vectigalium*, de *argentarii*; habilitación de ganados).

DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Todo miembro está obligado a efectuar la aportación a la cual se haya comprometido. Cuando consista en cosas, se utilizará el modo adecuado de traspaso de dominio (*mancipatio, in iure cessio, traditio*). En la *societas omnium bonorum* -excepción que se explica como una reminiscencia del antiguo *consortium*, aunque algunos ven en ella una interpolación justiniana²⁹-, el dominio de los bienes aportados se transforma sin necesidad de *traditio* "expresa": *omnes res quae coeuntur sunt continuo communicantur*³⁰.

Como el vínculo era interno (el contrato solo creaba obligaciones entre los socios), no existía en lo externo una *societas* que fuese titular de derechos. Cada uno de los socios era propietario de los bienes, acreedor del activo y deudor por las obligaciones sociales, repercutiendo cada acto sobre el patrimonio del socio singular (*nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit*). Tenían el derecho individual, según la naturaleza del objeto, de vender *pro parte* la cosa, constituir *pro parte* usufructo, prenda, hipoteca o abandonarla. Solo para actos cuyo efecto concierne al bien *in solidum* o que afecta su integridad es necesario el consentimiento general (*erga omnes consentire debent, omnium voluntatem esse*

²⁹ Idem, p. 653. Estima que en lo que se refiere a las cosas *nec mancipi* no se precisa una material *traditio*, admitiendo, por tanto, una alteración bizantina consistente en la supresión de la expresión *res mancipi* del texto de PAULO.

³⁰ PAULO, *Digesto*, 17, 2, 1, 1 *apud* Ibídem.

²⁸ ARIAS RAMOS; *op. cit.*, p. 651.

sequendam non amibigitur)³¹.

Salvo acuerdo en contrario, cualquier socio podía realizar actos de administración, debiendo ser resarcido de los gastos necesarios o útiles que haya adelantado. Lo que el socio adquiría pasaba primero a su propiedad, con la obligación de comunicarlo a los demás, haciendo la *traditio* en *condominium*, que en este caso debía ser expresa, como forma de reintegrar a la caja social lo adquirido.

Cuando con los medios necesarios se formaba un *arca communis* servía solo para la simplificación de las cuentas, pero el patrimonio quedaba en condominio de los socios, manteniendo cada uno su parte³².

RESPONSABILIDAD.

En la época clásica la responsabilidad de los socios entre sí alcanza a la *culpa* y a veces a la *custodia*. Respecto a terceros, la responsabilidad es puramente personal del socio que trató con el tercero independientemente de su pertenencia a la sociedad (*societas singularum*), a no ser, como pudo suceder ya en la Edad Media, que aparezca claramente como representante de los demás (*societas collegiata*) o que contraten con el tercero todos los socios.

Si un socio como consecuencia de un negocio realizado por la sociedad sufría una pérdida, ésta era también suya, igual que si el negocio se hubiera realizado en su interés particular puesto que el contrato solo creaba obligaciones entre ellos (*nemo societatem contrahendo rei suaे dominus esse desinit*).

³¹ Bonfante apud BRUNETTI; *op. cit.* p. 25.

³² BRUNETTI; *op. cit.*, p. 22

La acción que nace del contrato de sociedad es la *actio pro socio*³³, autónoma respecto de cada *socio*. Consiste en una *bonae fidei* integrada por la rendición de cuentas, liquidación y reparto del saldo resultante de la compensación realizada entre ganancias y pérdidas³⁴, y cuya condena acarrea la nota de infamia. En cambio, si el condenado en tal proceso es un socio *omnium bonorum*, goza del *beneficium competentiae*, precisamente por esa nota de autonomía. Ambas características de la *actio* suelen también explicarse por la influencia del antiguo *consortium*³⁵.

EXTINCIÓN DE LA SOCIEDAD

La sociedad acaba: *ex personis*, *ex rebus*, *ex voluntate* y *ex actione*³⁶. Por razón de la persona termina *mortis causae* de algunos de los socios (puede, sin embargo, pactarse que continúe entre los supervivientes), o por *capitis diminutio* máxima y media (en el Derecho clásico también por la mínima). *Ex rebus* acaba la sociedad cuando el fin ha sido cumplido o los medios se han agotado, desapareciendo totalmente el "patrimonio social". *Ex voluntate* se extingue cuando lo requieren todos los socios o algunos de ellos -dependiendo si la sociedad es de dos o de más- siempre que no procedan dolosa e intempestivamente. Y *ex actione*, cuando *mutata sit causa societatis*, ya sea por un contrato *verbis*, o consecuencia de una tramitación judicial³⁷.

³³ Esta *actio* es distinta de toda otra de un negocio en participación por el hecho de que el *particeps* responde solo por él y por su parte. POMPONIO, *Digesto*, L. 59. Entre los *socios* solo están admitidas las que regulan las relaciones recíprocas de carácter obligatorio. BoBr22

³⁴ DI PIETRO, LAPIEZA ELLI; *op. cit.*, p. 299.

³⁵ ARIAS RAMOS; *op. cit.*, p. 654.

³⁶ UPLIANO, *apud Ibidem*.

³⁷ ARIAS RAMOS; *op. cit.*, p. 654.

SOCIEDADES DEDICADAS AL COMERCIO

A los fines "mercantiles" las *societas* mas importantes en la vida económica romana - regidas por el *ius civilis*-, fueron las llamadas *publicanorum*, o *vectigalium* constituidas para tomar en arriendo la cobranza de impuestos³⁸ y recaudar el tributo debido al estado v.g. por los pastajes de animales o los impuestos aduaneros; el acopio de suministros para el aprovisionamiento del pueblo y las legiones, o la realización de obras o explotaciones estatales (acueductos, minas). Sin esas finalidades específicas, pero constituyendo también una clase peculiar dentro de las *societas quaestoriae*, se encuentra la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*, cuyo objeto radica en todas las adquisiciones futuras que puedan realizar los socios en virtud de su actividad vinculada con lo anterior.

Las *societas publicanorum*, eran *alicuius negotiatonis*, *quaestoriae*, y generalmente *rerum* y *unius rei*. Estaban administradas por uno o varios miembros llamados *magister*. Sus integrantes pueden ser asociados o *mancipes* cuando perciben beneficios e intervienen en la administración contratando con el Estado a cuyo lado estaban los partícipes o *publicani*, que realizaban los aportes, percibiendo los beneficios, pero sin quedar ligados sino por el importe de su capital ya que no participaban de la administración (*socii ad fines*)³⁹. Los socios pueden vender su *parte social* y a la muerte de uno de ellos podía pactarse que la *societas* continúe entre los restantes y los herederos

³⁸ Los impuestos estaban a veces arrendados a los *publicanos* o "arrendatarios".

³⁹ ZALDIVAR, Enrique, FORTÍN, Jorge; *Sociedad en comandita por acciones*, El Ateneo, Buenos Aires, 1958, p. 22 y ODERIGO, Mario; *Sinopsis de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1957, p. 307.

del fallecido (*para defuncti ad personam heredis cius adscripta sit*)⁴⁰. Ninguna *societas omnium bonorum*, sirva accidental o regularmente para el ejercicio del comercio (*alicuius negotiatonis*), debe ser considerada como institución de derecho mercantil ya que, aun en la esfera del comercio, está regulada por las mismas normas generales que rigieron el *ius civile*.

Otras formas documentadas son la *societas de argentarii* en las que el capitalista, generalmente un patrício, sacerdote o funcionario permanecía oculto, en tanto otro desarrollaba la actividad que el primero financiaba. Pese a que los textos no la nombran en forma clara por la mutación del *Codex Iustinianus* esta sociedad se dedicaba a realizar préstamos cobrando intereses y realizaba su actividad uniéndose mediante este contrato⁴¹.

La habilitación de ganados, de manera similar a la *politio*, se llevaba a cabo mediante un contrato en el cual un ciudadano romano adquiría una cantidad de ganado cuya administración era encomendada a un *colono*, acordándose la división de la utilidad resultante⁴².

En el plano marítimo se afirmó el *nauticum foenus* similar a su antecedente griego y posteriormente, el derecho de mar seudo-ródico (475-479) (que incrustó elementos bizantinos en la cristalización justiniana - lex *Rodhia de Jactu*-) y más tarde las Basílicas (886-911) -que escaparon a la compilación- la copropiedad naval adquiere la forma de una mancomunidad rigurosamente organizada en beneficios y o perdidas de todos los interesados en la travesía incluso oficiales y marineros⁴³.

⁴⁰ BRUNETTI, *op. cit.*, Tomo II, ps. 2 y 3.

⁴¹ REHME; *op. cit.*, p. 58.

⁴² ZALDIVAR; *Sociedad ...*, p. 22.

⁴³ REHME; *op. cit.*, p. 61.

3.2 EDAD MEDIA

A) VISIÓN BÁSICA

El primer período de la Edad Media estuvo signado por el ingreso de los germanos en occidente. Un pueblo originalmente guerrero sin propensión por la agricultura, ganadería y comercio, amantes de la individualidad y gobernados por jefes electivos, carecían de un sistema de propiedad privada desarrollado y tenían un significativo sistema de propiedades colectivas. Consecuentemente con ello no diferenciaban derecho público de privado⁴⁴. Haber recibido la -para ellos- nueva cultura como vencedores significó también cambios en sus costumbres con la preponderancia de la agricultura y una mayor individualización de la propiedad⁴⁵.

La Baja Edad media, correspondiente con los albores del segundo milenio presenta un cambio relevante en la historia de Occidente donde el creciente comercio comienza a signar la vida reactivada de los pueblos. Este siglo es escenario de una nueva vida en la historia de Europa. El florecimiento del comercio y la industria se desarrolló en las ciudades sobre todo con proyección marítima⁴⁶. Es la época del nacimiento del capitalismo y del derecho comercial como derecho principalmente consuetudinario para superar el formalismo romano y acelerar y asegurar la marcha de la economía⁴⁷.

En el marco societario, la *commenda* siguió siendo una forma asociativa de organizar el comercio con gran desarrollo. El hecho de

que a estas sociedades le correspondiera un papel tan importante precisamente en el comercio entre ciudades distantes se debe a la falta de grandes empresas autónomas de transportes. El mercader se ve obligado a acompañar personalmente su cargamento o a confiarlo a su propio personal y en caso de que no quiera o no le convenga hacerlo el único recurso que le queda por lo común es celebrar un contrato de sociedad con otra persona dispuesta a emprender el viaje con las mercaderías⁴⁸.

De forma ahora documentada puede verse este modelo en los países germanos, escandinavos y mediterráneos, no solo en el comercio marítimo sino también pasando ahora a organizar el tráfico mercantil terrestre como intermediaria para hacer fluir los capitales que se necesitan por el camino de la participación en los beneficios y en las pérdidas.

Sin embargo, la simplicidad y elasticidad que buscaba el orden de repartos capitalista naciente, comenzó a perfilar un modelo de gran éxito desde sus albores y que ha llegado de la misma forma a la actualidad.

La sociedad colectiva, que floreció en Italia desde el siglo XIV, con su ejercicio bajo el nombre compendiado en la razón social, favoreció el desarrollo de la empresa mercantil en su aspecto externo. La sociedad ha nacido, ha vivido y prosperado como empresa colectiva, basándose en la organización de la voluntad común - originalmente de origen familiar- y sobre la estable aplicación de su patrimonio en la que la razón social sirve para fundir en un complejo unitario las fuerzas económicas que participan en ella. La historia de la

⁴⁴ CIURO CALDANI; *Perspectivas ...*, p. 140.

⁴⁵ GIERKE; *op. cit.*, p.267.

⁴⁶ CIURO CALDANI; *Perspectivas ...*, p. 143.

⁴⁷ Idem, p. 148

⁴⁸ REHME; *op. cit.*, ps. 138-139.

sociedad colectiva es, por lo tanto, la historia de la organización del patrimonio mancomunado en su destino y unificado bajo una razón social para girar en la actividad comercial. Operando bajo este signo que forma un bloque con la voluntad de los socios en particular, la sociedad recibe la impronta de la autonomía económica y se aproxima a la estructura de la persona jurídica que surgirá a la luz de las teorías de los canonistas medievales, sobre todo de Inocencio IV y más tarde de los comentaristas entre ellos Bartolo⁴⁹.

B) VISIÓN ANALÍTICA.

A) DE LAS COMMENDAS A LA COMANDITA

LAS COMMENDAS GERMANAS

Como anticipáramos, Alemania conoció las dos clases de la *commenda* vistas en la antigüedad, la aportación unilateral de capital (correspondiendo a la *acomendatio* de los países mediterráneos, *commenda* en sentido estricto) y aportación por ambas partes (correspondiendo a la *collegantia* de Italia)⁵⁰.

a) La unilateral, denominada sociedad de *sendeveh* (*sendevehgesellschaft*) es también una sociedad accidental, en la que uno de los contratantes entrega al otro, determinados bienes (dinero o mercancía) en *sendeveh* para su enajenación, con pacto de participación en las utilidades. En la mayoría de los casos se trata de un envío a otro lugar (de donde se deriva el nombre) y de una comercialización en el extranjero. *Veh* equivale a *Vieh* (hacienda),

⁴⁹ BRUNETTI; *op. cit.* p. 204

⁵⁰ REHME; *op. cit.*, p.132.

en la acepción bajogermana antigua de dinero o bienes patrimoniales. El remitente conserva la propiedad, y el que actúa en el extranjero asume el papel de gerente de la sociedad. No se crea ninguna comunidad patrimonial, ni tampoco una mancomunidad. También fue conocida en Noruega como *hjafelag*⁵¹.

b) La segunda clase se denomina *wedderlegginge* y se encontraba especialmente en el territorio hanseático, particularmente en el de Lübeck, aunque existía en Westfalia⁵². Dos personas reúnen sus bienes para una operación especulativa accidental, formándose una comunidad patrimonial mancomunada⁵³. En la mayoría de los casos se confiere a uno de ellos, el que viaja, la facultad de disposición⁵⁴. Conocidas en Noruega como *félag* y en Suecia como *widheregning*⁵⁵.

LAS COMMENDAS ITALIANAS

Proviendo, como viéramos, las *commendas* fundamentalmente del comercio marítimo⁵⁶, penetraron en el

⁵¹ REHME; *op. cit.*, p. 132.

⁵² La *Sendevehgesellschaft* ya se encuentra documentada en el siglo XII en Westfalia (Soester Recht, *Privileg für Medbach*,1180). En una fuente del derecho municipal de Magdeburgo (Magdeburger Rechtsweistum, 1400), se lee: "Hay genuina sociedad cuando varias personas ponen sus bienes en común ... a ganar y perder en compras y en ventas". Idem, p. 131-132 y GIERKE; *op. cit.*, p. 268

⁵³ "que ambos pongan determinados bienes en común; o: que uno haya puesto contra (frente a) determinados bienes del otro, determinados bienes suyos por eso tambien las fuentes la llaman "contrapositio", A veces, a ambas expresiones, se añade: "in kopenschop", "mercatoria", o "mercimoniales". REHME; *op. cit.*, p. 131

⁵⁴ GIERKE; *op. cit.*, p. 267

⁵⁵ REHME; *op. cit.*, p. 132

⁵⁶ El texto de uno de esos contratos, celebrado en Génova el 29 de setiembre de 1163 en el Registro notarial de Giovanni Scriba puede leerse lo siguiente: "Testigos: Simone Buccio, Ogerio,

terrestre⁵⁷ y como una transformación de esta comienzan a perfilarse los elementos característicos de las sociedades comandita⁵⁸ que no alcanzaran las líneas definitivas actuales sino hasta la edad moderna⁵⁹.

El negocio exige un capitalista que, por lo general, permanece en la patria, el cual da mercancías, dinero, nave (*commendator, socius stans*) y un empresario (que viaja) (*tractator, portitor, portator, accomendantarius*) —a veces a cargo de la expedición al mismo tiempo (en la marítima capitán)— el cual con el capital que se le ha confiado emprende negocios en ultramar, y más tarde, también en el continente: *portat (trans mare, in terra) laboralum*, es decir, hace trabajar el capital para conseguir beneficios.

Peloso, Ribaldo di Sauro y Genoardo Tosca Stabíle y Ansaldo Garraton formaron una *societas* en la cual, según sus declaraciones, Stabíle aportó una contribución de 55 liras, y Ansaldo, de 44 liras. Ansaldo se lleva este capital, para hacerlo fructificar, a Túnez o a cualquier parte adonde vaya el navío que él va a tomar: el navío de Baldizzone Grasso y de Giraldo A su vuelta, entregará los beneficios a Stabíle o a un representante de él, para que los reparta Deducido el capital, dividirá los beneficios a medias. Dado en la casa del Cabildo, el 29 de septiembre de 1163. Además, Stabile autoriza a Ansaldo a enviar el dinero a Génova por el barco que éste último disponga". LE GOFF, Jacques; *Mercaderes y banqueros de la edad media*, Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 24.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT, *op. cit.*

⁵⁸ SCIALOJA se manifiesta en contra. Ello demuestra también cuán poco justificada es la hipótesis de que en la *commenda* se haya desarrollado la sociedad, precisamente con el fin de fundar y de hacer eficaz la limitación de la responsabilidad; y, por otra parte, cuán poco seria es la pretensión de distinguir en la evolución de la *commenda* tres fases sucesivas: *commenda*, participación, sociedad en comandita, como algún autor quiere hacer todavía, reproduciendo opiniones alemanas, hoy superadas" BRUNETTI; *op. cit* p. 708.

⁵⁹ BRUNETTI; *op. cit* p. 707.

La *commenda* se afirmó como negocio del comercio marítimo especialmente en Venecia (*collegantia*), en Pisa, Génova y Marsella y, desde aquí, ha pasado al comercio continental e incluso al ejercicio local de industrias. Específicamente con este último destino interior o terrestre se encuentra, a principios del siglo X -desde el punto de vista de quien entrega el aporte (*commenda, commanda, commendacio, acommendacio*), en Venecia, incluso - desde el punto de vista de quien recibe- *rogadía* (negocio precatorio, parecido al *precatorium*); es todavía señalada como *commenda* a secas e incluso se generaliza el término *implicita*, usado para ambos tipos uni y bilateral (empleo; *implicare*, quiere decir emplear dinero [en mercancías]".

En la *commenda* marítima (*societas maris tearrae*) y en la correspondiente sociedad ocasional para el comercio de tierra con participación unilateral en el capital, el *tractator* es más que nada un agente que participa en el beneficio, o un factor o un comisionista del capitalista, el *tractator* (gerente), el cual en la *commenda* con participación bilateral en el capital y, aun prescindiendo de ésta, en la *commenda* de tierra para el ejercicio estable del comercio.

Especialmente en la *commenda* bancaria, es con frecuencia rico en capitales y se encuentra precisamente frente a un gran número de *commendatores*, por lo general aislados, por lo que aquél toma una posición dominante. Pero al propio tiempo, en interés precisamente de aquellos que ponen el dinero, se aplica más decididamente la separación del fondo social de los bienes particulares de los participantes; para hacer aún más difícil en peligrosa retirada de las cuotas existe muchas veces la obligación de la inscripción en el registro y, por fin, acaba por ser adoptado un nombre social.

Junto a esta sociedad más rígida, desarrollada completamente al comenzar el siglo XV (Florencia, 1408), parecida a la sociedad de nombre colectivo que se había formado al mismo tiempo, que se denomina especialmente con el nombre de en comandita, y en el caso de varios *commendatores* en sociedad entre ellos, con el nombre de *societas per viam accomanditae*, perdura incluso en los países latinos, la commenda del antiguo tipo, con frecuencia bajo el nombre incoloro de *partecipatio* correspondiendo a la *stille Gesellschaft* del Derecho germánico.

Una ley florentina de 1408⁶⁰, dictada para corregir los inconvenientes derivados de la responsabilidad solidaria de los socios en las compañías, incluye la inscripción en un registro especial, de gran importancia en el desarrollo de la comandita, teniéndose que admitir que dicha ley contribuyó a dibujar las líneas fundamentales de la institución, señalando su separación de la simple participación, que estaba, sin duda, en la esencia de todas las figuras modeladas sobre la *commenda*.

El registro, en efecto, denuncia al público la constitución del vínculo social e hizo que fueran conocidas por los terceros las modalidades del contrato, determinándose así la suma hasta la que respondían los socios colectivos. El registro contribuyó, indudablemente, a afirmar, cada vez más, aquella autonomía del patrimonio social que ya se había manifestado en la *commenda* y con ello, aunque no se han grabado todavía los elementos característicos comandita; tenemos el reconocimiento de una participación - capitalista en una empresa que, con la

publicidad, afecta a la razón social, asume *erga omnes* la figura de la sociedad. La limitación de la responsabilidad del socio empieza a perfilarse, en la corte de los mercaderes de Lucca de 1554 y en la ley boloñesa 28 de mayo de 1583. La más precisa elaboración legislativa vendrá de la mano de la Ordenanza de comercio terrestre de 1673 en Francia⁶¹.

COLONNA MARÍTIMA

La comunidad en ganancias y pérdidas de todos los interesados en la travesía tanto como la basada en el aporte unilateral del capitalista (*commendator*), revive en la *colonna* italiana, ampliamente reglamentada en la *Tábula Amalfitana*. La misma relación la encontramos en la "comú" del Consolat del Mar de Barcelona y en el "commune" (*navigatio in commune*) de una ley de Jaime I de Aragón, del año 1258. En los países escandinavos, aparece, una comunidad de patrimonios análoga a la columna mediterránea, y que regula de un modo especial la *admiralschaft*; llamada en Noruega *samflot*, concretamente ya en el siglo XIII, respecto a la cual apenas existen normas en el derecho alemán⁶².sino hasta la evolución de la compañía naviera basada en la mancomunidad (*Gesellschaft der Schifffreunde*)⁶³

El buque es con frecuencia propiedad de varias personas. Estas constituyen propiamente una sociedad, que a falta de un nombre peculiar en las fuentes podemos llamar condominio naval o armamento en común, y está regulada por gran cantidad de normas especiales.

⁶⁰ El texto de esta ley está reproducido por ARCANGELI.

⁶¹ BRUNETTI; *op. cit.* p. 709

⁶² REHME; *op. cit.*, p. 133

⁶³ GIERKE; *op. cit.*, p. 268.

SOCIETAS COMPERARUM

Desde el siglo XII, cuando los Estados italianos recurren a los empréstitos los acreedores se asocian sin que exista entre ellos, en un principio, sino una comunidad de intereses enlazada con el concepto romano antes visto. Con el tiempo fueron surgiendo multitud de asociaciones, llamadas *societas compesarum*, montes o "maonae" a las que afluyen grandes capitales del comercio bancario (kampsores) y la industria de los arrendamientos financieros que son el antecedente de las sociedades por acciones surgidas en la edad posterior.

La deuda pública unificada, en *monti masse* o *compere*, quedaba subdividida en tantas cuotas iguales (en Génova, *loci compesarum*) consideradas como cosas muebles, enajenables y aptas para producir frutos, que daban derecho a una participación correspondiente a aquellas entradas del Estado que habían sido cedidas en garantía del crédito y de sus intereses. Pero, sólo en algunos casos, esta distribución uniforme de las deudas del Estado dio vida a una organización autónoma que desarrollaba, en propio provecho, negocios de diversa naturaleza, como sucedió en Génova con el *Banco di San Giorgio* y o para denominarlo más propiamente, el monte o la *sociedad delte compere e dei banchi di San Giorgio*, fundado en 1407 y abolido recién después de la caída del Estado libre de Génova (1816) y en Siena, con el *Monte dei Paschi*. Afines a las *compere* son las llamadas *maone* (palabra árabe que significa ayuda, socorro) Están constituidas por un grupo de ciudadanos que proveen, en interés y bajo la gula del Estado, a los gastos de una expedición naval dirigida a la conquista de alguna colonia y obtienen, por un cierto número de años, para garantía y extinción de su crédito, siempre bajo la soberanía del

Estado, el *usufructo* de una o más colonias y el monopolio del comercio de algunos artículos coloniales.

Como en las *compere*, también en las *maone* el crédito total está dividido en cuotas iguales que dan derecho a una congrua participación en los beneficios de la colonia. Todos los poseedores de una cuota vienen a constituir, hasta que no se extingue el débito, una comunidad que cuida de la administración de la colonia en usufructo y tiene sus consejos, mayor y menor. se destacan entre otras la genovesa de Chio y de Focea, (*Maona dei Giusliniani* (1346), la Maona genovesa de Chipre de 1373 y la segunda de 1403 (comprada desde 1408 por el Banco de San Giorgio).

B) DE LA COMPAGNIA A LA COLECTIVA

La familia, adquirió una extraordinaria importancia en la organización social medieval y particularmente vinculada con la economía, se convirtió en un instrumento de producción y consumo, adquiriendo un papel importante en la organización de la acumulación y transmisión de los bienes⁶⁴.

Siguiendo las huellas de GOLDSCHMIDT podemos afirmar que la derivación mediata de la sociedad colectiva está en la comunidad tácita familiar medieval en tanto la inmediata, en la compañía italiana, nacida también en plena Edad Media.

La Edad Media por el explicado elemento del componente germano ha practicado, un modo de copropiedad que se diferencia de la entendida como tal por la cultura

⁶⁴ CIURO CALDANI, "La vida de la división pentárquica del Derecho Civil en la cultura argentina actual", JA, 1/2/2006.

romana. En el derecho de familia, a diferencia del concepto romano de la transmisión hereditaria (sucesión en la persona) los germanos concebían la sucesión en los bienes, los que volvían a la comunidad siendo la asamblea de la tribu quien los entregaba al varón de mayor edad de la familia. La manifestación más significativa de este sistema era la comunidad incidental que se formaba entre hermanos que convivían en la misma casa después de la muerte del padre (*unter Brüdern nach dem Tode des Hausvaters forgesetzte Hausgemeinschaft*)⁶⁵.

Este fenómeno, aunque no con la hondura de sus raíces en Alemania, pasó a otros pueblos germanos. Las comunidades francas, en el mediodía de Francia las llamaban *sociétés taisibtes*⁶⁶ y los longobardos y ostrogodos en Italia, trazaron las líneas de la comunidad familiar hereditaria en el Edicto de Rotario (cap. 167, 362), y más tarde como sociedad tácita entre coherederos, v.g. en el Estatuto de Venecia de 1252- (III, cap. IV⁶⁷) y también en *Costit. Usus de Pisa*, rubr. XXI⁶⁸.

La tradición germanista fundada en la propiedad de familia sobre la de mano común (*gesammte Hand*), del primitivo período del colectivismo agrario, propio de la alta edad media más antigua, se habría poco a poco pasado al período de la comunidad familiar, necesaria para atender las necesidades de cultivo de las tierras estableciendo un sólido ligamen entre la

tierra, la casa, los cultivadores y el grano, su producción y la venta de los excedentes del consumo.

La comunidad familiar obtiene cada vez una mayor difusión, pero mientras que en Francia y en Alemania el fenómeno queda circunscrito a la economía de la tierra, en Italia, por impulso de las corporaciones artesanas, asume una particular fisonomía en el ámbito del comercio, dando nacimiento a la comunión de negocios y de trabajo, floreciente en la edad comunal, que era conocida bajo el nombre de "compañía" o "fraterna compañía".

Muerto el jefe de familia, la hacienda comercial es ejercida por los hijos y nietos que pasan a constituir una colectividad comerciante en la que se reconocen las raíces de esa unión familiar (la economía doméstica de sus miembros) que como indica su nombre se componía de los miembros de la misma familia que se sentaban alrededor de la misma mesa y comían el mismo pan (*societas ad unum panen*). Si bien a su desarrollo han contribuido, en forma decisiva esas ideas jurídicas germánicas, no hay por eso que referirla exclusivamente a ellas⁶⁹.

En la compañía nos encontramos en presencia de asociaciones que se basan sobre una íntima relación entre personas que viven en común. Los asociados vivían en el mismo hogar, sus bienes formaban una masa común sobre la que cada participante sólo tenía derechos determinados. Al contrario, cada uno tenía el derecho de gozar del patrimonio colectivo para sus necesidades personales (*condominium in solidum*) delimitado por la obligación de los demás de respetar tal derecho.

⁶⁵ GIERKE; *op. cit.*

⁶⁶ TROPLONG, *Du contrat de société*, cit., N° 196, p. 57, que en el Prefacio p. 12 apud BRUNETTI; *op. cit.*

⁶⁷ *Volumus quod fratres moctun parre rernaneant in fraterna compagnia quandiu divisi non fuerint. Item in germanis consanguineis filiis fratriuin inter se, uve cuin patruis. Et non procedat ultra fraterna compagnia.*

⁶⁸ BRUNETTI; *op. cit.*, p. 208

⁶⁹ REHME; *op. cit.*

Los bienes aparecen, en lo externo, como sujetos a la obligación de servir al interés común y como sujetos a las cargas que corresponden a uno u otro interesado. Esto les imprime una naturaleza objetiva propia con respecto a todo tercero que se ponga en relación con el grupo de los bienes. Este grupo se sustrae a las vicisitudes de cada participante para afrontar otros riesgos. Cada copropietario tiende la mano hacia el todo, (*zur gesamme hand*) pero también todas las manos se reúnen porque un acto contractual o judicial puede ser opuesto a todos en conjunto⁷⁰.

En estas comunidades familiares por las que, a la muerte del ascendiente, los hijos y nietos convenían en no dividir la sustancia sino destinarla al ejercicio del comercio conviviendo juntos (*frates stantes ad exercitium commercia destine unum*) y confiriendo todas las ganancias con responsabilidad solidaria para los débitos de la comunión, se adivina el origen directo de las grandes compañías que llevaba el nombre civil de la misma familia (de los Bardi, Peruzzi, Alberti, Acciaioli, Strozzi, en Florencia; de los Tolomei, en Siena, etc., Fugger de Ausburgo, Rotschill de Frankfurt), extendiéndose a los herederos a las familias de las que llevaban el nombre y, más tarde, a los extraños, pero continuando con el mismo nombre del fundador, por lo que aquel nombre pasaba a ser para ellos la llamada razón social a través de la cual la empresa alcanzaba una precisa individuación.

Las relaciones comerciales de estas sociedades familiares se extendieron en poco tiempo y su reputación, con el florecimiento de las libertades municipales, traspasó los límites de Italia. Adquirieron especialmente notoriedad con la

inscripción en las matrículas de las corporaciones de mercaderes en las que se anotaban los nombres de todos los socios y los pactos que las regían.

La sociedad comercial aparece en las relaciones de negocio como una unidad bajo el distintivo ideal del nombre social (*ditta*), esto es, bajo el nombre del fundador de la "hacienda" unido a la fórmula "y compañeros" (*el socii*) y su compañía (*et eius societas*) o parecidas, y con esta fórmula no es necesario nombrar a los restantes socios. Esta no es una fórmula sacramental: cualquier enunciación que sirviera para indicar la comunidad del vínculo, respondía al fin (*illud esí expendere fornen insimul*), y confirmaba la regla de la solidaridad pasiva de todos los socios inscriptos bajo esa razón social en los registros de las corporaciones⁷¹.

En ninguna época se encuentra en la práctica (aunque sí tal vez en la teoría del Derecho comercial) de los pueblos latinos una duda sobre la facultad de contratar en pro y contra de los restantes (designados nominalmente y con la fórmula abreviada), tanto si el contratante es socio como si es factor de la sociedad: la representación (directa), a diferencia del Derecho romano y germánico antiguo, está plenamente reconocida. Quiénes sean estos socios, sobreentendidos con la fórmula abreviada, resulta del hecho del ejercicio común de la hacienda, de la notoriedad, y, en caso de duda, de la titulación de los libros comerciales". Todos están de acuerdo en considerar que en la razón social está la

⁷⁰ BRUNETTI; *op. cit.*, p. 207

⁷¹ Sobre esto, la costumbre se mantiene sin alteración, a través de los siglos. Bartolo, que escribía en el siglo XIV, afirmando (sobre L. 87, D. *de stipul. Serv.*) que "*secundum consuetudinem et fere totius Italiae in libris cum litteris mercatorum, unus nominatur nomine proprio, omnes alii nomine appellativo, hoc modo: titius et socii tuis societatis*".

esencia de la sociedad de nombre colectivo.

Además de ello el uso del *signum societatis* es el que permite la separación patrimonial. Considerando que el patrimonio de la compañía está formado en un principio de la misma manera que el patrimonio familiar, sin exterior reparto de cuotas, su separación del patrimonio particular de los socios, y también la separación de los débitos de éstos de los de la sociedad, se consigue con la identificación de la empresa, mediante la razón social, cuando la sociedad de artesanos estipula, para su oficina o para su tienda (*apotheaca*), la sociedad manufacturera para su almacén (*undactts*).

De esta forma, se desarrolló el principio de la separación del patrimonio invertido en la especulación comercial, del patrimonio privado de los compañeros, del que se ha derivado posteriormente el concepto de personalidad o autonomía jurídica de las sociedades comerciales (siglos XII y XIII).

Esta forma de sociedad conservó de su origen familiar el carácter de vínculo jurídico fundado sobre la recíproca confianza, la solidaridad y la responsabilidad ilimitada de todos los socios para con las obligaciones sociales y la normal inalienabilidad de las cuotas. Tomó más tarde el nombre de sociedad general y después el nombre "colectiva", permaneciendo inalterados sus caracteres fundamentales⁷².

Los miembros no tienen separadamente una cuota de derecho, sino que, sin precisa delimitación, el derecho les pertenece en común: cada uno saca aquella utilidad de que tiene precisión. La utilidad que

consigue el patrimonio por el trabajo de uno es común a todos, y el daño causado por aquél afecta al conjunto de los que forman la comunidad. En lo externo, éstos se presentan como un todo y en las enajenaciones y gravámenes del patrimonio deben cooperar juntos. Ello estaba expresado en la forma simbólica que acompañaba tales actos: los comuneros estrechaban sus manos y se presentaban como un grupo de manos enlazadas.

Este es el *sustractum* histórico de la sociedad colectiva. Tomando como base el vínculo social, los asociados forman una unidad de personas que tiene eficacia tanto en lo interior como en lo exterior. En lo interno, en la órbita de los negocios sociales, hay una fusión de la voluntad de los particulares, manifestada en forma de acuerdos de mayoría, mediante actos colectivos unilaterales en lo externo, los socios forman una comunidad capaz de actuar de manera unitaria. La sociedad actúa bajo un nombre propio, adquiere derechos, asume compromisos y en juicio tiene representación propia.

Transportando estos conceptos al terreno de la titularidad, es natural que ésta pertenezca al conjunto de los socios, no a un sujeto autónomo y de allí que Alemania e Italia no den carácter de persona jurídica a este tipo societario.

Las relaciones comerciales de estas sociedades familiares se extendieron con el tiempo a los herederos y luego a los extraños, pero conservando el nombre del fundador⁷³. A partir de los siglos XII y XIII, surgieron en las grandes ciudades italianas las compañías o sociedades de comerciantes, sociedades en comandita o socie-

⁷² BRUNETTI; *op. cit.*, p. 208-209.

⁷³ BRUNETTI, *op. cit.*, página 523 Tomo (I)

dades propiamente dichas. Se dedicaron no sólo al comercio, sino también a la industrialización de la lana dando al naciente capitalismo un espléndido desarrollo.

EDAD MODERNA

La Edad Moderna, donde la sed de riquezas sugirió la idea de empresas más audaces⁷⁴ nos ofrece la primera sociedad anónima con características similares a la actual; la "Compañía Holandesa de las Indias Orientales", constituida por un *oktroi* del 29 de mayo de 1602 es considerada en tal sentido la primera de ellas⁷⁵. Esta empresa, basada en el contrato de "*commenda*", que originaba la división y representación del capital por títulos denominados "*aktien*", limitaba la responsabilidad de sus asociados, quienes tenían una cierta autonomía patrimonial puede también ser pensada, paradójicamente, como un antecedente de concentración de empresas ya que nació de la fusión de ocho compañías más pequeñas⁷⁶.

Posteriormente en el Reino Unido se agregó la consideración de la personalidad jurídica cuando se constituyó la Compañía Inglesa de las Indias Orientales de 1612, esta si con todas las características actuales, a las cuales la Corona o el Parlamento le conferían el rango de "*incorporated*" para que la personalidad de los socios fuera diferente a la de las empresas.

Eran sociedades dedicadas a la inversión

⁷⁴ BESTA, Le obligazioni nella storia del diritto italiano, Padua, 1937, página 335, cit por BRUNETTI; *op. cit.* (T2), p 8.

⁷⁵ HALPERIN, Isaac, "Manual de Sociedades Anónimas", Depalma, Buenos Aires, 1961, página 7.

⁷⁶ BRUNETTI, *op. cit.*, página 377.

de capitales que acorde al nuevo auge que estaba tomando el capitalismo en su fase industrial; a la idea del agrupamiento de capitales, le agrego el anonimato (las casas reinantes Anjou, Tudor Estuardo invertían en ellas⁷⁷) y un elemento de abstracción muy importante que sería el fundamento del éxito posterior que obtendría: la división del capital y su representación en acciones, a las que posteriormente, tomando la idea máxima de abstracción de los títulos de crédito, se le dio la característica de título valor. En la hora estelar del capitalismo, ese portador de la acción además de socio sería ahora un inversor en la suerte de la sociedad sin contribuir activamente a su crecimiento de manera material llevando al máximo el despegue de la realidad natural y la aptitud de generar riqueza por se.

Merece mencionarse que, a mediados del siglo XIX, con el fin de la producción manufacturera y el avenimiento de la fase industrial del modelo capitalista nació la cooperativa casi simultáneamente en tres viejos pueblos germanos: Inglaterra (consumo), Alemania (crédito) y Francia (producción).

Este modelo societario tiene despliegues mayores del valor solidaridad y cooperación, buscando una justicia con consideración de personas y de merecimientos (recibe más retorno quien mas participa de la sociedad). Busca una economía que al menos en la producción, distribución o consumo margina el sentido de lucro.

En Alemania, en el predio de gran desarrollo industrial y comercial posterior a la guerra Franco-Prusiana que derivó en la

⁷⁷ FARINA, cita por ello antecedente más remotos (año 1555 y 1600). FARINA, *op. cit.*, p 9.

unificación germana con el nacimiento del Imperio bajo Bismark, tomado de la *Gewerkschaft* del antiguo derecho minero y de las *Reederei* (consorcio de armadores) a finales del siglo XIX tuvo origen la SRL, modelo donde la importancia del capital esta atenuado por la consideración importante que adquirían la persona del socio.

Ya en el siglo XX, con el colectivismo, tanto fascista, nacionalsocialista o soviético nació la sociedad del estado y para conciliar la iniciativa privada y la institucionalidad estatal la sociedad de economía mixta y la sociedad anónima con participación estatal mayoritaria como un intento intermedio de vencer la brecha entre los dos modelos societarios, el particularmente intenso de la iniciativa privada y el paradigma estatal mucho menos empresario que imperó por ejemplo en los sistemas de los países socialistas.

4. HORIZONTE DE DERECHO COMPARADO

Através de la evolución histórica pueden distinguirse, los sucesivos modelos:

EDAD ANTIGUA

- 1) Comunidad parcial de ganancias y pérdidas (Babilonia y Grecia).
- 2) Sociedad de tipo romano: condominio por cuotas, sin autonomía ni personalidad (*societas*).

EDAD MEDIA

- 3) Sociedad de tipo germano: copropiedad indivisa, cierta autonomía, sin personalidad (*gesammte Hand*).

EDADES MODERNA Y CONTEMPORÁNEA

- 4) Sociedad persona jurídica: titular del patrimonio, autonomía plena -según "tipos"- y personalidad -según cada orden normativo-:
 - a) Todos: anónima, comandita por acciones, responsabilidad limitada y cooperativa.
 - b) Continental (excepto Alemania e Italia): colectiva, comandita simple y de capital e industria (Portugal, Brasil, Argentina).
 - c) Variable: simple (Suiza, Italia), de hecho (España, Argentina) y unipersonal (Common Law, Alemania, Francia, Portugal).
 - d) Ninguno: sociedades en participación y accidentales.
- 5) Grupos de sociedades: sin patrimonio propio, sin autonomía ni personalidad.

5. BIBLIOGRAFIA

ARIAS RAMOS, J.; *Derecho Romano*, Tomo II, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 652

ASCARELLI, Tullio; *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964.

BALBÍN, Sebastián; "Evolución histórica de la sociedad comercial", *Estudios de Derecho Comercial moderno*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 172.

BESTA, *Le obligazioni nella storia del diritto italiano*, Padua, 1937.

BRUNETTI, Antonio; *Tratado de Derecho de las sociedades*, T. I, UTHEA, Buenos Aires, 1960.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MODELOS SOCIETARIOS

BURCKHARDT, Carl; "El descubrimiento de lo inesperado", en *La historia entre ayer y mañana*, Munich, 1974.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Aspectos filosóficos del régimen jusprivatista internacional de las sociedades comerciales", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 20.

- *Estudios de Historia del Derecho*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

- "La escisión de la conciencia jurídica y política argentina", *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, Vol. VI, Buenos Aires, 1983, p. 21.

- "Notas para la comprensión capitalista del derecho comercial", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 18.

- "Perspectivas históricas y biográficas en el mundo jurídico", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Nº 10.

- *Perspectivas Jurídicas*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1985.

FARINA, Juan; *Tratado de Sociedades Comerciales*, Parte General, Zeus, Rosario, 1980.

FONTANARROSA, Rodolfo; *Derecho Comercial Argentino (Parte General)*, Víctor Zavalía, Buenos Aires, 1956.

GIERKE, Julius von; *Derecho Comercial y de la Navegación*, TEA, Buenos Aires, 1957.

GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

LE GOFF, Jacques; *Mercaderes y banqueros*

de la edad media, Eudeba, Buenos Aires, 1962.

ODERIGO, Mario; *Sinopsis de Derecho Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1957.

PARDIÑAS, Cristina; "Los orígenes de la codificación", *La Ley*, 3 de febrero de 2005.

REHME, Paul; *Historia universal del Derecho mercantil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.

ZALDIVAR, Enrique, FORTÍN, Jorge; *Sociedad en comandita por acciones*, El Ateneo, Buenos Aires, 1958.

ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael, RAGAZZI, Guillermo, ROVIRA, Alfredo; *Cuadernos de Derecho Societario*, Tomo I, Macchi, Buenos Aires, 1973.

SECCION JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. PARKE DAVIS Y CÍA. S.A., BUENOS AIRES, 31 DE JULIO DE 1973

Opinión del Procurador General de la Nación

El recurso ordinario de apelación interpuesto es procedente con arreglo a lo dispuesto por el art. 24 inc. 6º, apart. a) del decreto-ley 1285/58, sustituido por la ley 17.116.

En cuanto al fondo del asunto, el Fisco Nacional (D.G.I.) actúa por intermedio de apoderado especial, que ya ha asumido ante V.E. la intervención que le corresponde.- noviembre 17 de 1971. – Eduardo H. Marquardt

Considerando:

1º – Que a fs. 136/142 la sala en lo Contencioso administrativo núm. 2 de la Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, por mayoría, había confirmado a su vez las resoluciones de la Dirección General Impositiva, de fecha 28 de mayo de 1968, la cual había determinado de oficio diferencias de gravámenes a favor del Fisco correspondientes a Parke Davis de Argentina S.A.I.C. por m\$n 39.484.811, en concepto de impuesto a los réditos por los años 1963 a 1967; m\$n 6.820.472 por impuesto de emergencia 1962/64 y 1967, por los años 1963, 1964 y 1967; y m\$n 6.575.434 por impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, por los años 1963 a 1967.

2.- Que interpuestos por la actora los recursos ordinario y extraordinario que

autoriza la ley, se concedió el primero a fs. 151, de conformidad con el art. 24, inc. 6º, apart. a) del decreto-ley 1285/58, llamada ley 17.116, desestimándose el segundo por aplicación de la doctrina de Fallos; t. 266, p. 53 (Rev. La Ley, t. 125, p. 294); t. 250, p. 437 -Rep. La Ley, XXII, p. 409, sum. 423-; t. 247, p. 61, entre otros.

3.- Que en su memorial de fs. 159 la actora objeta: I.- La no deducibilidad como gasto por parte de la Dirección General Impositiva de las regalías pactadas entre Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C. y Parke Davis and Co. de Detroit (Estados Unidos de Norteamérica) por servicios y usos de fórmulas acreditadas a nombre de la segunda accionista, en el 99,95% de la primera por considerarla utilidades gravadas en cabeza de ésta y en razón de la comunidad de intereses entre ambas empresas vinculadas. II.- La aceptación por el Tribunal Fiscal de la Nación y por los arts. 12 y 13 de la ley 11.683 t.o. en 1960 (actuales arts. 11 y 12 de la misma ley). III.- La no aceptación como pauta de interpretación de los convenios celebrados con Suecia (decreto-ley 12.821/62) y con la República Federal Alemana (llamada ley 17.249) conforme al art. 31 de la Constitución Nacional.

4.- Que en apoyo de estas objeciones la actora transcribe en extenso en su memorial el voto de la minoría en el fallo del Tribunal Fiscal y sostiene: a) Que todo contrato de regalía implica de por sí comunidad de intereses; b) Que la existencia de un co-interés entre el titular del derecho y el concesionario de éste, no puede privar de efectos propios a los contratos de regalía previstos en la legislación impositiva, citándose el fallo de la Corte en "La Petit S.A. Química Industrial y Comercial sobre apelación impuesto a los réditos" (Fallos; t. 280, p. 112 -Rev. La Ley, t. 147, p. 687-). Afirma también que al aplicarse el criterio de la significación

económica sostenido por la Cámara a quo en Cía. Massey Ferguson S.R.L. en sentencia del 1 de abril de 1963 (Rev. La Ley, t. 111, p. 764) expresamente merituado en el fallo en recurso, se tuvo en vista un contrato de regalía celebrado entre un socio mayoritario y una sociedad de responsabilidad limitada, careciendo este tipo de sociedad de la personalidad reconocida en la ley 11.682 para las sociedades anónimas. Añade que si el principio de la realidad económica sólo puede jugar en materia tributaria cuando su aplicación no implique extender exenciones o beneficios a contribuyentes que no estén comprendidos en ellos, conforme se resolviera por la Corte en el caso "Papelera Pedotti S.A." (Fallos, t. 279, p. 247 -Rev. La Ley, t. 143, p. 5-) tampoco sería viable denegar exenciones o deducciones expresamente admitidas en los arts. 5°, 61, 65 y 68 inc. a, de la ley 11.682 t.o. 1960 (actuales arts. 5°, 60, 64 y 67 inc. a) de la misma ley).

Agrega que el método analógico ha sido desechado en materia tributaria, citando diversos fallos de esta Corte y afirmando que en caso se lo haría jugar al aplicar una norma que estaría destinada a las utilidades derivadas de los socios o componentes de sociedades de capital (art. 68 inc. b, ley 11.682). Complementariamente se citan diversos fallos sobre el método interpretativo en la materia. Igualmente sostiene la actora, que la sentencia recurrida había violado la garantía de legalidad prevista en los arts. 4°, 17, 19 y 67 del inc. 2° de la Constitución Nacional y la de igualdad del art. 16, al desconocerse normas que admiten la distinta personalidad impositiva entre sociedades de capital y accionistas. También existirían dichas transgresiones, aun reconociendo tal distinta personalidad al tratar el caso como ocurrente entre una casa matriz y su sucursal, ya que la

legislación admite la posibilidad de que entre tales entes puedan efectuarse operaciones normales.

Se arguye por último, que rechazar la deducción de regalías en base a la vinculación económica "revelaría de parte del legislador argentino una ingenuidad que no puede aceptarse pues nada sería más fácil que eludir dicho criterio" con los distintos subterfugios que señala.

5.- Que a fs. 97, mediante acta levantada ante el Tribunal Fiscal de la Nación, las partes convinieron los puntos que constituyen la materia en litigio, solicitando que el pleito fuera declarado como de puro derecho.

6.- Que a los efectos de la justa solución del litigio debe consignarse que el problema de interpretación a dilucidar consiste en determinar si las deducciones efectuadas por Parke Davis y Cía. de Argentina, en su balance impositivo, en concepto de regalías convenidas por servicio y uso de fórmulas en el campo de la medicina y que deben abonarse o acreditarse a Parke Davis de Detroit, de los Estados Unidos de Norteamérica, es conforme a las disposiciones de las leyes locales impositivas que regulan ese aspecto de los impuestos. Que a ello se agrega, como elemento propio, si en la estimación de los hechos ha de incidir la circunstancia de que la sociedad norteamericana sea titular del 99,95% del total de las acciones de la sociedad argentina.

En otros términos, la cuestión a resolver debe ponderar si los importes que pretenden deducirse para el pago de los impuestos reclamados, pueden descontarse como gastos de experimentación y acreditarse a favor de la empresa extranjera, titular de las fórmulas,

no obstante que ella sea propietaria del 99,95% de las acciones que constituyen el capital de la sociedad local.

7.- Que parece conveniente, asimismo, para la mejor valoración del problema de interpretación legal sometido a esta Corte, consignar que de acuerdo al Registro de Accionistas de la actora, Parke Davis and Co. de Detroit, era titular en efectivo de m\$n 349.817.000 del capital de m\$n 350.000.000 de la sociedad argentina y que Pavdarco Inc., también sociedad estadounidense con sede en Detroit, era titular de m\$n 176.000, perteneciendo el resto del capital, por valor de m\$n 7.000 a 11 accionistas locales. Todo ello según resulta de fs. 19 de las actuaciones administrativas agregadas al juicio en oportunidad de la asamblea general ordinaria del 31 de marzo de 1966, última que se conoce, anterior a la iniciación de la demanda.

8.- Que la argumentación de la recurrente, expuesta más arriba con la síntesis debida, no ha afectado los fundamentos de la sentencia del a quo.

Con respecto a la primera crítica, a saber, que la Cámara habría aplicado indebidamente la doctrina del caso "Refinerías de Maíz S.A.", confirmada por la Corte (Fallos; t. 259, p. 141 -Rev. La Ley, XXV, p. 781, sum. 6-), por tratarse en el antecedente de una sociedad de responsabilidad limitada y en el "sub lite", de dos sociedades anónimas, esto es, de capital y con régimen impositivo propio, cabe consignar que las razones de hecho son semejantes en uno y otro caso, ya que los regalistas en el primer supuesto, y la regalista en el segundo, eran titulares de la casi totalidad del capital societario. Tal circunstancia impide admitir diferencias sobre la regulación legal que debe aplicarse a los efectos impositivos,

existiendo, como existe, en ambos casos, una misma relación o participación en la formación del capital de propiedad en su casi totalidad de los beneficiarios de la regalía.

9.- Que con ello no se desconoce la diferente regulación que para uno y otro tipo de sociedades ha consignado la ley 11.682, sino que se hace aplicación de una pauta de interpretación. Se acepta que el art. 68, inc. b), de la ley 11.682, hoy art. 65, citado por el a quo al analizar el caso, se refiere a sociedades de hecho o de personas y a las relaciones de sus socios con ellas a los efectos de los rubros deducibles, pero el otro elemento o principio de la "realidad económica", a que también hace referencia la Cámara en su fallo, permite extender aquellas disposiciones al caso sub examen, sin que por ello se afecte como pretende la recurrente ni el principio de legalidad en materia impositiva ni el de igualdad, garantía constitucional, ya que el sentenciante se ha limitado a aplicar a situaciones iguales soluciones análogas.

En efecto: ya se trate de sociedades de personas o de capital exclusivamente, en los dos supuestos hay un socio mayoritario en grado de la casi totalidad del capital, que es al mismo tiempo el que ha proporcionado las patentes o marcas o inventos o procedimientos registrados y que, además, se beneficiará en la misma medida con el pago de las regalías consiguientes.

En otros términos, de aceptarse la posición de la recurrente, una misma persona, sea física -si se trata de sociedades de personas- sea jurídica -si es una sociedad anónima- se beneficiaría como socia de las utilidades derivadas de la inversión y al mismo tiempo, por las acreditaciones que en concepto de regalías se considerarían

gastos de la empresa argentina, deducibles como tales.

10.- Que esta cuestión de la existencia de dos sociedades diferenciadas desde el punto de vista del derecho privado, pero unificadas económicamente conduce al examen de otro problema propio de la materia en recurso, planteado por la apelante: el alcance del concepto de la "realidad económica" específicamente aceptado por las leyes impositivas nacionales (arts. 11 y 12 de la ley 11.683, t.o. 1962).

En el primero de esos artículos se dispone que "en la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica". Este enunciado se perfecciona en el art. 12, disponiéndose que "para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes", configurándose la intención legal del precepto en los párrafos siguientes.

Tal regulación normativa da preeminencia, para configurar la cabal intención del contribuyente, a la situación económica real, con prescindencia de las estructuras jurídicas utilizadas que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica (Fallos, t. 237, p. 246 -Rev. La Ley, t. 87, p. 148-; t. 249, p. 256 -Rev. La Ley, t. 105, p. 776-; y 657 considerando 5º; t. 251, p. 379 -Rev. La Ley, t. 107, p. 104- y en la sentencia dictada el 25-8-72 "in re" L. 188 "Lagazzio, Emilio Francisco s/apelación impuesto a los réditos").

11.- Que para la recurrente, todo contrato de regalía implica de por sí una comunidad

de intereses que no puede privar de efectos propios a dicho negocio jurídico.

Al respecto, cabe tener en cuenta que por contrato se entiende el acto jurídico bilateral y patrimonial, en el cual están en presencia dos partes, que formulan una declaración de voluntad común con directa atinencia a relaciones patrimoniales y que se traduce en crear, conservar, modificar, transmitir o extinguir obligaciones. El Cód. Civil, en el art. 1137, no habla de "parte" sino de persona, pero es preciso aprehender el concepto en relación con la clasificación que formula el legislador sobre los hechos y actos jurídicos. Es menester considerar las voluntades en sus diversas direcciones y en cuanto expresiones de un centro de intereses o de un fin propio. El tercer apartado del art. 14 (hoy 12) del decreto reglamentario de la ley 11.682 se refiere al ajuste de los términos de los contratos de compra y venta, pero parte indiscutiblemente de una premisa: la existencia de tal contrato.

Esta figura jurídica no puede concebirse en estricto derecho cuando, como en el caso, no existen dos sujetos en el negocio jurídico, en sus roles de acreedor y deudor. Si los intereses de los que concurren al acto no son opuestos sino concurrentes o paralelos, no existe contrato sino un acto complejo. Además, no puede pensarse en la libertad de elección que informa el principio de la autonomía de la voluntad, habida cuenta de la falta de independencia real de las dos empresas vinculadas mediante lo que se ha llamado contrato, pero en realidad traduce aporte de capital.

12.- Que para la solución del sub lite no se ha desconocido la existencia de dos sociedades de capital perfectamente delimitadas conforme al orden jurídico privado, ni tampoco la personería jurídica de la sociedad local. Pero tales datos,

asentados en los principios del derecho común en materia de sociedades, no son óbice para establecer la efectiva unidad económica de aquéllas y su comunidad de intereses a través de la "significación económica de los hechos examinados".

La sociedad Parke Davis de Detroit resulta titular del 99,95% del capital de la sociedad local. De este modo, la retribución por el uso de las fórmulas y procedimientos de que es titular la empresa extranjera, mediante las regalías, también volvería por vía de pago de la casi totalidad de las utilidades, sin que fueran afectadas por el pago de los correspondientes impuestos. El mismo accionista mayoritario vendría a percibir, por su calidad de regalista: a) la retribución por el uso y explotación de marcas y patentes puestas en explotación en el país por la sociedad local concesionaria de las regalías; b) el monto de las utilidades que ellas produjeran por la superposición de su calidad de regalista y de concesionaria de la regalía en un 99,95%. En tal forma computando la regalía como gasto en el balance impositivo de la sociedad concesionaria de ésta, real y evidente exención impositiva que la ley no le otorga ni en su letra ni en su espíritu.

A pesar de su aparente autonomía jurídica, la sociedad local se encuentra sin lugar a dudas en relación orgánica de dependencia con la sociedad foránea por su incorporación financiera a la sociedad dominante. Esa relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria. Califica una innegable falta de independencia real, con evidentes implicancias en la falta de libertad de elección respecto a los procedimientos contratados y aun a la real utilidad que los mismos puedan reportar, así como a la necesidad de haberlos contratado.

13.- Que no varían estas conclusiones los agravios basados en el voto del Vocal disidente del Tribunal Fiscal, que se dejan contestados precedentemente, la doctrina de esta Corte "in re" "Papelera Pedotti" (Fallos, t. 279, p. 247 -Rev. La Ley, t. 143, p. 5-), inclusive el voto en minoría, o el argumento emergente de los convenios suscriptos por el país con Suecia y la República Federal Alemana, también analizados por el a quo y con cuya valoración, respecto de la situación de autos, se coincide.

14.- Que como se ha adelantado, el fallo en el caso "Papelera Pedotti" no da base para la revocatoria que se pretende por la apelante, pues lo que estaba en juego en aquel juicio era la aplicabilidad de las normas impositivas a una fusión de sociedades, ajena por esencia a la relación que existe entre las dos sociedades -local y extranjera- en el caso a examen, perfectamente separadas en vista de su regulación legislativa.

15.- Que análogo rechazo merece la invocación que se hace respecto a los derechos reconocidos de las sociedades comprendidas en los convenios celebrados con Suecia (decreto-ley 12.821/62) y con la República Federal Alemana (llamada ley 17.249). El reconocimiento de derechos formulados en dichos actos internacionales sólo puede ser aplicado y afecta a los súbditos o sociedades involucrados en esas disposiciones convencionales.

El convenio celebrado entre dos Estados en orden a evitar la doble imposición es un estatuto específico entre dos sujetos del derecho internacional que se endereza a otorgar un trato de favor a los residentes de ambos Estados. Si la admisión de la cláusula antiórgano en los tratados citados quebrara la coherencia del sistema tributario argentino, al contradecir

disposiciones contenidas en nuestra legislación, ello sólo produciría efectos en beneficio de los residentes de los estados contratantes, a los que esta disparidad de tratamiento solamente alcanzaría.

Basándose el tratamiento impositivo especial en el principio de la reciprocidad, va de suyo que no resulta afectada la garantía de la igualdad alegada, toda vez que, según antigua y reiterada jurisprudencia de esta Corte (Fallos, t. 16, p. 118 y t. 155, p. 96), el principio de igualdad consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias.

Es del caso decir que un fallo de un tribunal argentino, únicamente puede enderezarse a establecer la igualdad ante una ley que es la del país, entre empresas sometidas a su propia jurisdicción. Va de suyo, por lo tanto, que la igualdad reconocida por el art. 16 de la Constitución no se halla afectada por las disposiciones convencionales invocadas, que regulan exclusivamente a la empresa externa receptora.

16.- Que por último, ya sea por aplicación de la teoría de la penetración, como esta Corte lo ha hecho tanto en materia no impositiva (caso "Gómez Gerardo c. Comisión Administrativa de Emisoras Comerciales y L.S.82 T.V. Canal 7"; inserto en Fallos, t. 273, p. 111 -Rev. La Ley, t. 137, p. 768-) cuanto impositiva ("Narden Argentina S.R.L.", Fallos, t. 280, p. 18 -Rev. La Ley, t. 143, p. 154-), como mediante los parámetros del principio de la realidad económica o de la teoría del órgano, de lo que se trata es de la consideración del fondo real de la persona jurídica. Esto se impone no sólo por los abusos a que se presta la complejidad de relaciones y actividades en ciertas estructuras sociales sino también por la dimensión creciente de numerosos grupos de empresas internacionales y los graves problemas jurídicos que su expansión plantea.

Por ello, habiendo dictaminado el procurador general acerca de la procedencia del recurso, se confirma la sentencia apelada. Con costas. Miguel A. Berçaitz.- Agustín Díaz Bialet.- Manuel Aráuz Castex.- Ernesto A. Corvalán Nanclares. Héctor Masnatta.