

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La Reforma del Código Civil (Ley 17711) y la Conservación de la Empresa () (969)*

JUAN ZAVALA RODRÍGUEZ

I. Es axioma en nuestros días que el interés económico y social de los países está ligado a la empresa, a la organización de la empresa. La empresa es una organización para la producción de bienes y servicios. No se concibe ya al comerciante aislado y solo, sin una organización para la producción, porque frente a la técnica y a la ciencia actual, que hace absolutamente indispensable la producción y la comercialización en serie, así como la contratación en masa, no podría existir el comercio moderno sin la empresa y sin las normas jurídicas que orienten y secunden la actividad de esa organización.

Frente a este fenómeno de la empresa, se ha presentado la necesidad de conservar la empresa, de cuidarla y de mantenerla. Uno de los escritores más reputados en este momento, Drucker, autor de La nueva sociedad, explica que el concepto de lucratividad de la empresa - que ha reemplazado lo que hace años se llamó LUCRO - no consiste en buscar ganancias netas, sino lograr ese arraigo, esa permanencia, en beneficio general. La empresa óptima es fuente de trabajo, producción y bienestar para sus titulares, empleados, clientes y para el Estado; debe ser mas tenida, protegida y estimulada para hacerla perdurar.

Ninguna gran empresa de Estados Unidos que tenga influencia real en la vida industrial de ese país se ha declarado, de los años 40 acá, en quiebra o ha corrido un serio peligro de ser insolvente, ni se ha visto expuesta, por causas internas - y menos por causas externas -, a sufrir una liquidación precipitada o ruinosa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por eso, este principio de la "conservación de la empresa" significa un desafío de la empresa al tiempo y a los riesgos.

a) En cuanto al tiempo, en la empresa no se deja de estudiar el uso y el desuso de las plantas y las máquinas. Lo que convierte al desuso en peligroso, se ha dicho, es la imposibilidad de predecirlo. Como ahora la técnica produce cambios instantáneos, resulta muy difícil tal predicción, pero la técnica ha inventado, también, métodos que se anticipen a la propia velocidad de las invenciones nuevas.

b) También la empresa se defiende de los riesgos que no son los riesgos de la naturaleza, incendios, naufragios, muertes, sino huelgas, insolvencia, la recesión y el futuro económico de un producto o un servicio. Prever si ese producto o servicio va a tener, dentro de unos años, la misma aceptación, o mayor o menor que hoy.

Todo eso ha producido consecuencias jurídicas, lo que acentúa mi opinión de la vinculación de la empresa de hoy con un concepto jurídico (1)(970) . Las previsiones, anexas a las reservas legales, cuidan en la empresa la posibilidad de la obsolescencia; y, el seguro, cuya amplitud con respecto a los riesgos asegurables es cada día más amplia, da a la empresa la tranquilidad necesaria para emprender planes futuros.

Todo eso hace a la "conservación de la empresa".

Por eso, los directores de la empresa - que hoy no son los propietarios del capital - tienen, como primera preocupación, la de establecer cuáles serán los factores o tendencias económicas, técnicas y sociales que afectarán el futuro y el bienestar de la empresa.

El directorio de una empresa debe analizar los próximos años, y saber que los recursos de la misma no van a disminuir. Para que no ocurra lo contrario, no sólo debe procesar datos, sino hacer todos los contratos necesarios de aprovisionamiento y suministro, que aseguren la "conservación de la empresa". Eso no hay que decidirlo mañana, sino hoy; pronto y ahora, pero con miras a cinco o diez años futuros, porque la empresa tiende a ser eterna.

II. Eso en cuanto a la parte económica y técnica, pero al legislador le interesa también dictar normas jurídicas que permitan que una empresa realice ese quehacer técnico y económico y que, una vez logrado, no se la perturbe con leyes que puedan significar su disgregación. El anteproyecto de ley de sociedades, actualmente en vías de sanción, después de un análisis público realizado en ámbitos responsables, dice que "busca asegurar el principio de la conservación de la empresa" (Informe, pág. 11, N° 1).

Incurre, no obstante, en contradicción al prohibir entre otras cosas, en el artículo 247, que se excluyan o agraven las condiciones para ejercer el derecho de receso.

Las causas más frecuentes de disgregación de una empresa son la quiebra y la muerte de los socios.

Antes, esos dos factores llevaban automática y fatalmente a la terminación de los negocios.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero, desde que la empresa es la organización que afronta el mundo industrial de hoy, tanto la quiebra como la muerte de los socios no tienen por qué producir, como antes, la conclusión de la empresa.

a) Con respecto a la quiebra se establece que la "sociedad se disuelve... por la declaración de quiebra" (artículo 93, inciso 6º), agregando que "en el supuesto de quiebra la disolución queda sin efecto si se celebra un avenimiento o un concordato resolutorio" (artículo 95).

El artículo 67 de la ley 11719 exige para el avenimiento un acuerdo entre el fallido y todos los acreedores, lo que, en la práctica y sobre todo en la gran empresa - contratos en serie -, es materialmente imposible. Igual dificultad puede presentarse para el concordato resolutorio (artículo 60 de la ley 11719).

Pero la vida real ofrece ejemplos de que esa disposición choca contra la "conservación de la empresa".

Una empresa en quiebra puede ser salvada con medidas adecuadas, por una resolución judicial o administrativa. Tenemos el caso de Roveda, que tuvo una quiebra con un pasivo desproporcionado frente al activo, con la perspectiva de que no iba a cobrar nadie, a punto tal que el Banco de la Nación, que era el liquidador, pidió se calificara la conducta del fallido como fraudulenta. Pasaron los años, siguieron los trámites judiciales, se fueron acumulando fojas, y el edificio de Roveda en la calle Callao se vendió al Banco de la Provincia de Buenos Aires por quinientos millones de pesos al contado, mientras que el pasivo de esa empresa era de ciento cincuenta millones de pesos. Todos cobraron.

Cuando el asunto llegó a la Cámara se dijo "¿cómo se va a calificar de fraudulenta la conducta de la empresa si había pagado a todos?" El doctor Casares y el doctor Fernández Marelli votaron porque había que resolver que la quiebra era fraudulenta. El doctor Malagarriga se opuso a ese temperamento.

De manera que no se puede decretar la desaparición de la empresa porque ésta deba afrontar el evento de una quiebra, que puede ser pasajero y puede ser salvado, con medidas de auxilio oportunas y adecuadas.

Ultimamente, hemos tenido la demostración de esto en la ley 17507, que faculta al Poder Ejecutivo Nacional a autorizar soluciones tendientes a posibilitar la rehabilitación de empresas, que a la fecha de promulgación se encuentren en virtual estado de cesación de pagos, o que afronten dificultades financieras, que sólo pueden ser superadas con disposiciones excepcionales del Estado. "Declárase empresas comprendidas... a aquellas que por su preponderancia social, su envergadura económica, su desarrollo tecnológico o su influencia en la economía nacional, regional o zonal se considere conveniente asistir, a solo juicio del Poder Ejecutivo" (artículo 1º). También la ley da atribuciones para exenciones de intereses, recargos y multas, ¿fundado en qué? En el principio de la "conservación de la empresa", según el cual es mucho más útil al país mantener una empresa como fuente de trabajo y producción que hacerla desaparecer, por un inconveniente que puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ser efímero.

En consecuencia, considero que la solución del artículo 93, inciso 6º, complementada con el artículo 95 del anteproyecto, no contemplan satisfactoriamente el principio de la "conservación de la empresa".

b) Pero donde se advierte mayor error en el anteproyecto es en el caso de muerte de uno de los socios.

A) En un caso, con el buen propósito de conservar la empresa se llega, a mi juicio, a la violación de principios constitucionales y de normas legales vigentes, no susceptibles de razonable modificación.

B) En otro, se hace imposible "la conservación de la empresa" por el criterio que se adopta en el anteproyecto (artículo 13, inciso 5º), acerca del modo de adquirir la parte de alguno de los socios.

Pero - y esto es lo que quiero destacar esta tarde desde esta tribuna tan prestigiosa - para colmo, este criterio del artículo 13, inciso 5º del anteproyecto de sociedades, se ha agravado por la modificación del artículo 1654, inciso 4º del Código Civil - hoy inciso 3º -, que es contradictorio y chocante con el artículo 13, inciso 5º del anteproyecto de ley de sociedades.

Se había planteado entre nosotros la discusión de si era válida la cláusula del contrato de sociedad mediante la cual, ésta continuará entre los herederos del socio premuerto y los socios sobrevivientes.

Esta posibilidad - continuar la sociedad con los herederos - no está prevista en el Código de Comercio, pero sí lo está en el artículo 1670 del Código Civil, no modificado, que establece: "No tienen calidades de socios los herederos o legatarios de los derechos sociales, si todos los otros socios no consintiesen en la sustitución; o si ésta no fuese convenida con el socio que hubiese fallecido, y aceptada por el heredero".

Se discute si en materia de sociedades comerciales se puede establecer en el contrato la posibilidad de que la sociedad siga con los herederos del socio premuerto.

Satanowsky no considera posible la continuación de las sociedades comerciales entre los socios sobrevivientes con los herederos del socio fallecido, salvo la celebración ulterior de un nuevo contrato entre las partes.

"El precepto del artículo 419, inciso 8º del Código de Comercio sólo admite, dice Satanowsky, la continuación entre los socios sobrevivientes. Es una conclusión infortunada - añade - pero surge claramente" (2)(971). Ese criterio fue seguido por la Cámara Comercial en la causa Colombo Hnos. S.R.L. (1947) al decidir que "es nula y no procede inscribir el contrato con la cláusula que dispone la continuación de la sociedad con los herederos de los socios otorgantes, por cuanto esa continuación se halla supeditada a la aceptación por los herederos".

La posición de Yadarola, siempre dentro del Código, es opuesta a la opinión de Satanowsky.

En un trabajo que publicó en la Revista Jurídica, de Córdoba, criticando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el referido fallo en el caso Colombo Hnos., decía Yadarola: "La obligación - expresa, refiriéndose al socio - nace con pleno valor mediante la declaración unilateral de quien la asume. Esa declaración va dirigida al heredero del otro socio; hay una propuesta que es vinculativa (artículo 1150, Cód. Civil) ".

"Con respecto a la convención por la cual el socio estipula en favor de sus herederos la continuación de la sociedad, su valor jurídico es el de una convención a favor de terceros. El socio ha estipulado con su coasociado la incorporación de sus herederos a la sociedad que él formó, una vez producido el hecho cierto, aunque de término incierto de su muerte; esta estipulación tiene un contenido económico incuestionable, pues parte del supuesto natural de que su fin es el de obtener beneficios pecuniarios. Los herederos, una vez producido el hecho, adquieren a su favor el derecho, no la obligación de incorporarse a la sociedad en las condiciones estipuladas en el contrato pactado entre su causante y el socio o socios". Este contrato está reglado por el artículo 504 - no modificado - del Código Civil, que dice: "Si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación si la hubiese aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada".

"El heredero - dice Yadarola - puede liberarse... no aceptando la herencia".

"La solución no está -agrega - en el artículo 1671, no modificado, del Código Civil, que contiene una norma accidental vinculada a la disolución de la sociedad, sino en el artículo 1670, no modificado, del Código Civil, según el cual basta la aceptación de los herederos" (3)(972).

Dice Yadarola que el codificador de 1889, en el artículo 419, inciso 8º, que sólo permite sobrevivientes, adoptó una fórmula inferior y oscura, con relación al artículo 484 del Código de 1862, que decía: "Las sociedades se disuelven totalmente... 5º) Por la muerte de uno de los socios, si no contiene la escritura social pacto expreso para que continúen en la sociedad los herederos del difunto, o que ésta subsista entre los socios sobrevivientes".

Cámara comparte la opinión de Yadarola y considera que es un pacto permitido por el artículo 291, inciso 7º, del Código de Comercio, que expresa: "Todas las demás cláusulas y condiciones necesarias para que puedan determinarse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí o respecto de terceros".

La ley 14394, de 1954, establece que: "Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios por un plazo no mayor de diez años. Si se tratare de un bien determinado o de un establecimiento comercial, industrial o agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo exceda los diez años".

El proyecto Malagarriga - Aztiria, establecía: "Con la misma salvedad prevista en el artículo anterior la muerte de un socio resuelve la sociedad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con respecto a él, de modo que sus herederos no tienen estado de socio".

"El ingreso de éstos a la sociedad, de existir acuerdo en ese sentido, debe ser objeto de un convenio expreso" (artículo 107).

Aprobamos el criterio de Yadarola, que armoniza además con el artículo 3417 del Código Civil: "El heredero que ha entrado en posesión de la herencia. . . continúa la persona del difunto y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. . .".

Llegamos así al anteproyecto de ley de sociedades, elevado el 27 de diciembre de 1967, del que me estoy ocupando.

"En las sociedades colectivas y en comandita simple - dice el artículo 89 del anteproyecto - es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Este pacto obliga a los herederos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden éstos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria".

Con respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, el anteproyecto establece: "Si éste - el contrato - prevé la incorporación de los herederos del socio, el pacto es obligatorio para éstos y para los socios" (artículo 155, 2° párrafo).

Manifiesto mi expresa disconformidad con el criterio que obliga a los herederos a incorporarse a una sociedad, sin pedírseles su consentimiento.

Esto no sólo es inaceptable desde el punto de vista de la sociedad - contrato plurilateral que requiere la affectio societatis, es decir el deseo de mantener una vinculación social continua y con adecuación permanente de la conducta propia frente a otras personas - sino porque se llega así a imponer una sociedad coactiva, sistema opuesto al artículo 14 de la Constitución Nacional: "asociarse con fines útiles"; un sistema compulsivo que no armoniza con nuestras libertades, y que sólo, en casos muy excepcionales, puede ser admitido, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el de la CAP.

Allí dijo la Corte, con fecha 19 de noviembre de 1944, que "la potestad del Estado para actuar frente a los monopolios privados es una manifestación del derecho que la comunidad posee al «digno desenvolvimiento de sus potencias de progreso»".

Al justificar las medidas previstas en la ley 11226, tendientes a impedir maniobras monopólicas, el Alto Tribunal sostuvo que "sin tales medidas el Estado quedaría inerte ante una combinación de empresas", y éstas regularían el necesario desarrollo de la industria ganadera valiéndose de procedimientos tales como el prorrateo de los mercados de compra, la fijación arbitraria de precios, las preferencias injustas, la arbitraria clasificación de los ganados, las combinaciones navieras para el transporte de productos al exterior, etc. Si prevaleciera "un exagerado concepto de la libertad industrial - agregó - las compañías sustituirían al Estado en su función, que se halla encaminada a garantizar el derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la sociedad a la vida y digno desenvolvimiento de sus potencias de progreso". Semejante derecho no puede ser desmedrado ni mucho menos "aniquilado" por una "verdadera soberanía de empresas y capitales poderosos en manos libres". (Fallos, t. 199, pág. 483, caso CAP).

En el caso de "Pedro Inchausti contra la Junta Nacional de Carnes", el mismo Supremo Tribunal de la Nación dijo: "Mediante la ley 11747 el Congreso se propuso impedir el monopolio y las maniobras y procedimientos arbitrarios de las empresas industrializadoras en la adquisición de la hacienda; crear un instrumento de lucha contra la organización que dominaba el mercado de carnes; lograr el mayor consumo interno y externo . . ." (Fallos, 199:482) .

El decreto 7618/44, ratificado por la ley 12908, dispone: "En caso de que un diario pase a dos o más personas, con derecho de propiedad sobre el mismo, éstos deberán constituirse en sociedad de derecho dentro del término de 120 días".

Este es un problema distinto. Yo he opinado que esta sociedad coactiva no es igual que la sociedad coactiva en el caso de la Corporación de Carnes. Sobre esto no ha habido todavía un pronunciamiento expreso.

En estos momentos se discute ante la Corte de Justicia de la Nación, la constitucionalidad de la ley 3019 de la provincia de San Juan, del año 1964, que creó CAVIC, entidad a la que deben afiliarse los productores de uva con el fin de asegurar precios a la misma y facilitar la molienda del fruto de los viñateros sin bodega.

Los diarios anuncian su posible disolución, resuelta por la autoridad administrativa. No entro a analizar este problema porque carezco de elementos de juicio para decir que lo conozco.

Me parece evidente que las mencionadas disposiciones del anteproyecto de ley de sociedades - artículos 89 y 155, segundo párrafo -, violan la garantía del artículo 14 de la Constitución Nacional y chocan con el artículo 1670 del Código Civil, que no ha sido derogado.

El artículo 504 establece: "Si en la obligación se hubiese estipulado alguna ventaja en favor de un tercero, éste podrá exigir el cumplimiento de la obligación, si la hubiera aceptado y hécholo saber al obligado antes de ser revocada".

Y el artículo 1162 dispone: "La ratificación hecha por el tercero a cuyo nombre se hubiese contratado, tiene el mismo efecto que la autorización previa y le da derecho para exigir el cumplimiento del contrato".

No puede prescindirse del consentimiento expreso de los herederos para que éstos ingresen en una sociedad, que si bien integró el causante está formada con personas extrañas, respecto a las cuales tienen derecho o pueden ubicarse conforme a sus intereses, simpatías y deseos.

La misma Corte Suprema - en un juicio en que no estaba, como en el caso de la CAP, en juego intereses tan serios - dijo que "el derecho de asociarse con fines útiles es una consecuencia de la libertad civil y lleva implícito, por lo tanto, el de no ser compelido a formar parte de una asociación determinada. La libertad de asociarse sería ilusoria - concluía

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el tribunal - y hasta destruida, a poco de que se generalizara el sistema de las asociaciones oficiales por medios compulsivos como condición para trabajar o ejercer cualquier otro derecho constitucional" (Fallos, 205, pág. 101).

Con mayor razón cuando como en el proyecto, se trata de simples sociedades comerciales privadas.

Esa es una hipótesis, la sociedad que continúa con los herederos del socio premuerto.

B) La otra hipótesis - más clara - es la cláusula que establece que la sociedad continuará, exclusivamente, con los socios sobrevivientes.

Esa estipulación está prevista - lo he dicho - en el artículo 419, inciso 8° y artículo 428 del Código de Comercio, y es más frecuente que la primera, porque no se desea, entre nosotros, seguir con personas desconocidas.

Dentro de esta cláusula se presenta el arduo problema que debo analizar principalmente esta tarde, frente a la reforma del Código Civil (ley 17711).

Héctor Cámara, distinguido profesor de la Universidad de Córdoba, en un trabajo publicado en 1967, titulado "Cláusulas tutelando la empresa social contra la muerte de uno de los componentes", se ocupó del problema. Lo vuelve a hacer, aunque más brevemente, en agosto de 1968, precisamente ya con referencia a la modificación del Código Civil, en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 4, pág. 4.

Se presentan estas dos hipótesis:

a) "La generalidad de los contratos de sociedad - afirma Cámara - establecen cláusulas para la liquidación de la parte social del causante, buscando - como dice Ferrara - la tranquilidad personal de todos los socios y tratando de evitar perjuicios a la marcha de la sociedad, cuales serían la facción de un inventario y balance extemporáneo, la intromisión de los herederos, el inmediato desembolso del capital y utilidades del socio premuerto, etc."

Esta reglamentación contractual de los derechos del heredero del socio fallecido puede asumir varias formas, pero la más frecuente es... "la cantidad a pagar se calcula conforme al último balance aprobado". Esta última forma era, hasta ahora, la más frecuente en nuestro ámbito mercantil, estaba dentro de nuestros usos y costumbres comerciales, y aunque había provocado algunas controversias y aisladas opiniones divergentes, era aceptada y utilizada con reiteración.

b) "Si no hay nada establecido en el contrato para calcular la cuota, se aplican las reglas comunes de liquidación de sociedades". Es decir que se paga el valor de tasación, en el caso de los inmuebles, el valor de los muebles según el sistema del costo de origen menos depreciación por uso o según el costo de reproducción, bienes inmateriales, patentes, marcas, y valor llave.

Siempre los fallos en estos casos de falta de cláusula en el contrato con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

repecto al valor llave, reconocieron que debía pagarse el valor llave. "Es indudable que en los balances anuales - dice la Cámara Nacional de Comercio, sala C - no se incluye el valor llave, pero cuando se trata de establecer el valor de las cuotas sociales, ya sea por transferencia de las mismas en su totalidad, parcialmente o por transferencia del negocio del rubro, no puede ser dejado de lado, porque se trata de un valor que debe ponderarse en el activo social" (sala C, Jurisprudencia Argentina, 1964, I, pág. 68).

Cuando se habla de que se practicará un balance del capital y utilidad para determinar la parte de socio fallecido, no debe entenderse que se renuncia, por esa fórmula, a pedir el valor llave.

La Cámara Nacional de Comercio, sala B, había dicho: "La exclusión implícita del valor llave no resulta porque: 1) se previó el reembolso del capital y utilidades sin exclusión alguna. Sea que el valor llave se considere capital, sea que se lo compute como utilidad, ambos debían determinarse por la confección de un balance especial para la determinación del capital y utilidades a reembolsarse, lo que pone en evidencia que los socios decidieron atenerse a los valores reales del haber social y no a los meramente contables de los balances de ejercicio. 2) La renuncia a ese valor llave exigía una norma clara conforme al principio del artículo 874 del Código Civil" (J. A., 1964, III, pág. 51).

Las utilidades son un elemento que hay que considerar para el valor llave, pero no son decisivas por sí solas, había dicho la Cámara Comercial. (La Ley, 116, pág. 666).

Deben tenerse en cuenta - dijo la Cámara Nacional Civil, sala C - más que las matemáticas, los hechos ciertos y tangibles, porque en definitiva no se trata sino de apreciar el valor real y económico del patrimonio que deja el socio que se va y que forma parte del acervo social (La Ley, 115, pág. 705).

El valor llave - dijo el mismo tribunal - integra el capital de la sociedad, lo que le impide acordarle el carácter de utilidad.

Esa situación, en la que se reconoce validez a la cláusula del contrato social estableciendo la forma de calcular, a favor de los herederos, el valor de la cuota social, hasta ahora plenamente reconocida por la jurisprudencia, ha sido modificada por la reciente ley 17711, que reformó el artículo 1654, inciso 4º (hoy inciso 3º), y que sanciona el artículo 1788 bis.

Este artículo 1788 bis, que se refiere a la llave, establece: "En la liquidación parcial de la sociedad por fallecimiento o retiro de algún socio, la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social, computando los valores reales del activo, y el valor llave, si existiese".

Con respecto al "valor real" a que acá se alude, lo estudiaré en seguida. Por ahora, quiero ocuparme de la frase que dispone que en el valor de la liquidación debe computarse "el valor llave, si existiese".

Como en la disposición se incluye la frase: "salvo estipulación en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contrario del contrato social", la modificación de la ley 17711 mantiene el buen principio de permitir que en el contrato social se reglen estas cosas. Vale decir que si en el contrato social se establece hoy que al socio o al heredero del socio "no se le pagará el valor llave", esa cláusula debe aplicarse, porque es perfectamente válida e impedirá reclamar una parte de la "llave total" de la sociedad, aunque ésta importe millones de pesos.

Y eso está bien.

Alguna duda dejan - con respecto a esta conclusión mía - los artículos 1654, inciso 3°, y 1158 del Código Civil, pero me parece clara, adecuada y razonable la interpretación en cuanto a la validez de la estipulación del contrato que elimina el valor llave, al liquidar la cuota del socio o del heredero del socio.

Este artículo en su parte final, dice: "el valor llave, si existiese".

Es imprudente poner en duda la posibilidad de que un negocio tenga valor llave.

He dicho en mi Código comentado que "un establecimiento, por insignificante que sea, no puede carecer de valor llave (con lo que está conforme Satanowsky) . La llave no es un elemento del fondo de comercio: es un resultado de su organización y explotación", etc. (Zavala Rodríguez, t. II, pág. 230).

También he tratado este punto, insistiendo en esa conclusión, en mi voto en disidencia en la Corte Suprema de la Nación (Fallos, 263:359) .

El eminente jurista inglés. canciller Eldou, dio su definición clásica de la llave (good will) en 1810, diciendo que "llave no es otra cosa que la probabilidad de que los antiguos clientes sigan frecuentando el antiguo local".

Por ejemplo, la Confitería "Del Aguila" tiene un prestigio antiguo y especial. Ha cambiado de dueños, pero siempre continúa la gente concurriendo a las 11 a tomar un vermouth a la Confitería "Del Aguila".

El "Café de los Inmortales" era tradicional en la bohemia de Rubén Darío y de Florencio Sánchez. Hace muchos años que terminó esa bohemia, desaparecieron esos hombres y desapareció el Café de los Inmortales; con el correr del tiempo se reabrió otro en la calle Corrientes, que se llama de la misma manera, que si bien no tiene la atracción del anterior, capta hoy también a muchos noctámbulos.

Llave, dice el jurista Couchman, es el ímpetu de un negocio (ver Preisrich, Good will in accountant). Debe indicarse el poder de ganancia, "la posibilidad de lucrar", con el negocio y su organización (Montgomery, Auditing. New York)

Para Vivante, la llave (el avviamento) es un elemento activo del fondo de comercio. Los franceses lo llaman achalandage.

Carnelutti sostuvo, en cambio, que la llave "no es un elemento, sino una manera de ser, una cualidad del fondo de comercio". Con la claridad de pensamiento que lo caracterizaba, este jurisconsulto italiano decía: "el fondo de comercio al cual se le reconoce un mayor valor en concepto de llave, es como un perro amaestrado".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"A nadie se le puede ocurrir - expresaba - que tal característica del perro sea un elemento del perro".

Rotondi agrega otros ejemplos para reafirmar la conclusión de Carnelutti.

La llave es como la fuerza de un caballo o la velocidad de un avión.

Son cualidades y no elementos.

Yo también pienso que la llave no es un elemento sino una cualidad del fondo que lleva a un resultado.

Pero dentro de la conclusión de Carnelutti, Rotondi y Valeri - éste también comparte tales ideas -, pienso que siempre, siempre, el fondo de comercio, la empresa o la sociedad en funcionamiento, tienen esa cualidad, en mayor o menor escala. Y tomo sus ejemplos.

El perro es un animal inteligente; aun el más pobre de los perros nos sorprende por su inteligencia. "Sombrita", el perrito que encontró abandonado Fabián Leyes, el protagonista de la hermosa historietita que publica diariamente La Prensa, es su hijo, su amigo, su salvador. Habrá perros de raza que tengan mayor inteligencia y comprensión, pero esta especie de animal: "perro", tiene siempre una cualidad: inteligencia fina, que lo distingue de otros animales, por ejemplo, los asnos o los cerdos.

Lo mismo podemos razonar con respecto a los aviones. Los hay que en nuestros días desarrollan ya casi los tres mil kilómetros por hora, pero existen todavía muchos aviones que sólo alcanzan trescientos o cuatrocientos kilómetros horarios. Pero una cualidad del avión - grande o chico - es la velocidad con relación a otros vehículos: la carreta, el ferrocarril o el automotor.

Lo mismo podemos decir que de la "fuerza" de un caballo que menciona Rotondi. Siempre el caballo tendrá una capacidad de fuerza, a punto tal que para señalar el poder de los motores se habla de HP: "horse power".

Todos los caballos tienen una "fuerza", pero una fuerza moderada, que no puede compararse con la fuerza que poseen los caballos criollos o las mulas para el transporte de objetos pesados en caminos difíciles. San Martín nos condujo a la gloria montando a sus granaderos, para cruzar los cañones por la cordillera más alta del mundo, en mulas o en caballos criollos. Como dice Roldán:

"Caballito criollo, del galope corto,
del aliento largo y del instinto fiel,
caballito criollo que fue como un asta,
para la bandera que anduvo sobre él".

La inteligencia en el perro, la velocidad en el avión o la fuerza en el caballo, son cualidades que siempre existen, que siempre se dan, en mayor o menor grado.

En los negocios o empresas pasa lo mismo: podrán tener una llave de mayor o menor valor, pero todo negocio, establecimiento o empresa tiene un valor llave.

Es cierto que algunos autores hablan de "llave negativa", en inglés "bad will", por oposición a "good will", o en español "menos valía", por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

oposición a "plusvalía".

En realidad, se observa en algunos casos esa situación de pasivo, pero ello no significa que no existan en tales casos un valor llave, como un patrimonio puede arrojar pasivo y no por eso deja de haber patrimonio.

Patrimonio es una unidad del activo - pasivo, un conjunto de derechos y obligaciones aptos para ser valorados pecuniariamente. "Es una universitas juris".

Si bien con la llave no se salva el negocio, no se pueden pagar los créditos, es un valor que se computa. Si no existiera, la situación de la empresa deficitaria, sería aún peor.

Repetimos: todo negocio o establecimiento tiene llave. Si tiene muchos beneficios, es la superutilidad; si se trata de un local, puede ser su ubicación o su función apropiada para el comercio que allí funciona, aunque sea un pequeño comercio. Hay un caso de jurisprudencia que se refiere al sistema de maduración de bananas entre dos pobrecitos socios que se ocupaban de eso. Ahí es el "sistema" u "organización" para madurar las bananas, o puede ser, en otros casos, la reserva de espacios que deja el que se va, transmitiéndola al que queda.

De allí que aplaudo sin ninguna reserva el fallo de la Cámara la Civil y Comercial de La Plata, que dice: "El valor llave es una cualidad del fondo de comercio, indisolublemente unida al mismo y derivada de la organización de los elementos de que él está constituido y sobre los cuales se fundan la experiencia y posibilidad de lucros futuros" (Cámara 1º Civil y Comercial de La Plata, La Ley, t. LXX, pág. 489).

No hay fondo de comercio y empresa sin llave.

¿Y en caso de quiebra? La quiebra no quiere decir que un establecimiento no tenga bienes o un patrimonio, sino que los que tiene no le alcanzan para pagar las deudas.

Así como el quebrado tiene su inmueble, aunque hipotecado, que vale tanto; o un automóvil, aunque prendado, que vale tanto; o saldos desordenados de materiales o materias primas, puede tener también o un sistema de fabricación o de trabajo, o un nombre o las instalaciones agregadas al local.

No se pagan sólo local más instalaciones, sino que local más instalaciones, equivalen a un mecanismo de comercio o producción, o a una incipiente "organización". Si no se le quiere llamar "organización", llamémosla un equipo o un sistema que ahorra trabajo o gastos al que lo sucede. Eso es llave.

Tendremos, en este caso: local igual a 10, más instalaciones igual a 10 (estanterías). Total: igual 21, porque ese agrupamiento da un plus, aunque sea de uno. Si el local tiene estanterías o mostradores, es muy distinto al caso en que no los tuviera, pues habrá que construirlos, con lo que cuestan ahora. Aunque no se utilicen esas estanterías porque el nuevo titular del fondo de comercio quiere darle una nueva fisonomía al negocio, podrán esas estanterías venderse a otros que las utilizarán.

Si es un local alquilado que se pierde con la quiebra, en estos tiempos habrá un "slogan", una marca o un nombre. Tenemos el ejemplo muy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

claro de Caras y Caretas, la famosa revista que fue a la quiebra. Hasta el día de hoy el nombre de Caras y Caretas tiene un gran valor y hay cuestiones y disputas sobre quién es el titular de ese nombre, que parece perimido, pero que no lo está.

Siempre, creo yo, existe un valor llave.

Pero aunque ésa, mi observación, no fuera exacta, está mal que la ley diga: "valor llave, si existiese", porque si el legislador pensó que podía existir o no el valor llave, bastaba con decir: "se compensará el valor llave".

De lo contrario, esta frase del art. 1788 bis es como si dijera: "se pagarán los daños y perjuicios, si existiesen".

Pero repetimos lo que antes hemos dicho: no puede haber negocio sin llave.

Satanowsky, citando a Rotondi, sostiene que "puede existir una hacienda comercial sin clientela, pero no sin avviamento (llave), valor nuevo, protegido jurídicamente, que surge, se desarrolla y se extingue con la hacienda comercial" (Tratado, t. III, pág. 112). Lo mismo sostiene Seara en Transferencia de fondo de comercio, 1967, pág. 85.

C) Muchos contratos establecían hasta ahora, como he dicho, una cláusula que estaba autorizada expresamente por el artículo 1654, inc. 4º del Código Civil, que establecía: "Son válidas las estipulaciones siguientes: . . .4º Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuotas de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social pagándole una cantidad determinada".

En esa cláusula se establecía que los herederos percibirían el importe que resulte del último balance, o del balance que se haga al fallecimiento, y se fijaba el plazo y la forma de pago, generalmente por cuotas.

Nos encontramos frente a este panorama: el capital de la sociedad, un millón de pesos, pero el patrimonio - ya sabemos que el capital se diferencia del patrimonio -, en un momento dado, por la inflación o revaluación, es de cincuenta millones de pesos. La liquidación en uno y otro caso se presenta, desde luego, como el día y la noche. De ahí que, casi siempre, los herederos impugnaran esa cláusula que los remitía al último balance de ejercicio.

En general, la doctrina y jurisprudencia se habían inclinado por la validez de tal estipulación, pero en los últimos tiempos y con el desequilibrio y cambio de valores, a raíz de la inflación, arreciaron entre nosotros las discusiones y se han registrado algunos fallos aislados favorables a la nulidad.

Lamentablemente, el proyecto de ley de sociedades no se ha hecho eco de este problema.

Establece, en el artículo 13, inc. 5º, no para el caso de fallecimiento de un socio, que son nulas las estipulaciones siguientes: "Que permitan la adquisición de la parte de alguno de los socios por un precio que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fuere justo al tiempo de hacerla efectiva".

Como se advierte, no se refiere a la hipótesis del fallecimiento de un socio.

Acá el proyecto incurre, a mi juicio, en un grave error, no por no haber reglado la situación de muerte del socio, sino por hablar de "justo precio".

Ha tomado el criterio expuesto por el doctor Borda para resolver en 1959, como juez de la Cámara, el sistema del "precio justo", olvidando que el artículo 1365 del Código Civil vigente, y no modificado en esto, establece que: "Si el precio fuere... su justo precio... el contrato será nulo". Esa defectuosa y legal terminología la repite el anteproyecto en el artículo 225, inciso 1°, y en el artículo 154.

Debo recordar que el artículo 458 del Código de Comercio habla del "precio corriente", y sabiamente - como fueron casi todas las reflexiones y normas de Vélez Sársfield y Azevedo - se separó de los códigos entonces vigentes, como el italiano, que hablaban de precio corriente, y de "precio justo" como equivalente a precio corriente, lo que había traído en ese país una cantidad de problemas que estudian los autores.

Durante la vigencia del artículo 1654 inciso 4° del Código Civil, se invocaba para sostener la nulidad de la estipulación que analizo, los artículos siguientes: 1175, 848, 3311 y 3599 (4)(973) en concordancia con el artículo 1195: "Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales... Los contratos no pueden perjudicar a terceros".

Tales argumentos han sido rechazados muy claramente por los autores.

Rébora dice: "No debe confundirse el pacto sucesorio destinado a organizar la sucesión mortis causa con otro pacto cualquiera destinado a transmitir derechos particulares sobre una o más cosas. El primero está excluido del Código Civil; el segundo, en cuanto puede guardar relación con el hecho de la muerte, está expresamente previsto".

Dentro de esa misma orientación, Capitant (Daloz Periodique, 1936 - 2 - 89) dice con meridiana claridad: "¿ Es válido - se pregunta - cualquier contrato por el cual una persona dispone de sus bienes ya inmediatamente, ya para el momento después de su muerte? Ciertamente no - contesta -. El problema está en saber si el disponente confiere desde ahora al beneficiario un derecho sobre el bien objeto del contrato, o no le confiere sino un derecho eventual que sólo tomará cuerpo en el momento de su fallecimiento. Ahí está el nudo de su dificultad. Esa es la línea divisoria de los contratos post mortem, válidos por sí mismos y de los pactos sobre sucesión futura".

"Lo que caracteriza el contrato post mortem - sigue diciendo Capitant -, es que engendra inmediatamente un derecho en beneficio del adquirente, pero que simplemente se retrasa la exigibilidad hasta el día de la muerte del disponente. Por el contrario, lo que caracteriza el pacto sucesorio, es que hace retroceder el nacimiento del derecho al día en que se abre la sucesión - artículo 947 del Código Civil - (5)(974). Y precisamente por eso se llama pacto sucesorio. La ley prohíbe disponer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por un contrato, incluso a título oneroso, de todo o parte de los bienes que se dejan al morir, pero no prohíbe vender un bien estipulando que el comprador no entrara en posesión ni siquiera será su propietario, hasta el día de su fallecimiento o del vendedor. Este contrato es válido... Eso es lo que se llama un contrato post mortem. Cuando, al contrario, una persona vende un bien a tomar de su sucesión, la venta es nula. El efecto de esta venta es completamente distinto del de la primera. El vendedor impone a sus herederos la obligación de vender el bien a su contratante. Este no es, propiamente hablando, un adquirente sino un acreedor de la sucesión, es decir de los herederos. Ellos son los que tendrán que venderle el bien".

De la misma manera opinan Planiol y Ripert.

La distinción es más notable aun cuando se aplica la simple promesa de venta.

Rosario Mazzone publicó un trabajo sobre la validez de estas cláusulas, en el que expresa: "Estas cláusulas son válidas porque en el acto constitutivo de la sociedad los socios no intervienen como eventuales sucesores el uno del otro, ni adquieren tal calidad en virtud del contrato social. La cláusula que en el contrato puede insertarse, relativa a la exclusión de los herederos del difunto, dando sólo el derecho de obtener el reembolso de la cuota del difunto, calculada sobre el estado del patrimonio social a la época de la muerte del causante, constituye una convención sobre bienes presentes y tiene el carácter de la actualidad y de la irrevocabilidad, cuando la ejecución del pacto sea sujeta a la condición suspensiva de la muerte del socio antes de la disolución de la sociedad".

"Cuando más - concluye - este pacto podría considerarse como una promesa bilateral de venta, cuya ejecución queda subordinada al verificarse la condición suspensiva mencionada. En el mismo momento en que la adquiere el socio, promete vender la propia cuota y determina el modo de fijar el precio. En esta convención se encuentran todos los elementos esenciales de la venta; el derecho de vender y aquel derecho recíproco de adquirir se transfiere inmediata e irrevocablemente; el pacto es, en consecuencia, plenamente válido". (Rosario Mazzone: "Le clause relative alla quota del socio defunto e il diritto del patto successorio", en Riv. Dir. Com., 1921 - 1, pág. 632).

Entre nosotros, López Olaciregui ha sostenido enérgicamente la posición de la nulidad de esta cláusula.

En Francia, donde no existe un artículo como el 1654 inciso 4º, como lo he señalado, la doctrina y la jurisprudencia se han decidido categóricamente por la validez.

En nuestro país destacaré, en primer lugar, el fallo de la Cámara la Civil y Comercial de La Plata, en el juicio "Alvarez, Belarmina Calzón de, c/Pérez Granda, José Ramón y otros" (J. A., 1949 - III, pág. 499), con los votos de los doctores Safontás y Mena.

La cláusula 8 del contrato social disponía: "En caso de fallecimiento... de un socio, se practicará un balance e inventario a la fecha del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fallecimiento... y la parte del capital y las utilidades que le corresponda será entregada a los herederos dentro del plazo de un año a contar de la fecha del balance".

"En la práctica - dijo el tribunal platense -, para evitar operaciones de liquidación complicadas y costosas, y posibles pleitos con los herederos, puede establecerse en el contrato social que la parte que se reconoce a los herederos se determinará por el último inventario y balance anteriores a la muerte del socio".

Eso, que dijo el tribunal de La Plata, es perfectamente válido.

El doctor Tobal, en el fallo publicado en Jurisprudencia Argentina, junio de 1968, pág. 934, observaba que: "No es exacto que la muerte de un socio cuyo nombre figure en la razón social deba indiscutiblemente poner término al giro. Es cierto que en el artículo 422, inciso 7º declara disuelta la sociedad, pero cuando ello se refiere a la disolución sin obligar a que los negocios sociales deban liquidarse, prohibiendo el socio sobreviviente que continúe en el giro de los asuntos que antes fueron comunes".

"El Código de Comercio prevé aquello que es más corriente, esto es, que disuelta la sociedad los negocios se liquidan del mismo modo que cuando muere una persona y deja herederos. El Código Civil prevé las formas en que debe procederse a la división de los herederos, pero sin que ello obligue a partir necesariamente los bienes".

"Sería injusto que so pretexto de que lo lógico es que cuando una sociedad se disuelve sus bienes deben liquidarse y partirse, se obligara al socio sobreviviente o a los herederos del fallecido a que deban proceder indefectiblemente a la liquidación, dejando sin efecto las normas que, en interés común se hubieran podido prever en el contrato social para evitar la división en especies. Necesariamente, debe estarse en esos casos a las reglas del acto constitutivo y juzgar que el principio de la libertad de la convención conserva su imperio, mientras una norma de la ley no aparezca como una valla infranqueable".

"La regla del contrato - concluía - tiene en su favor esa disposición del artículo 1654, inciso 4º del Código Civil, sin que por ello derive un enriquecimiento injusto por cuanto reconoce como causa el contrato social, que es la ley de las partes".

En parecidos términos se pronunció, antes, la Cámara de Apelaciones de Córdoba (1918, Jurisprudencia Argentina, tomo I, pág. 794), destacando que reconocerle a los herederos el derecho, contra la cláusula contractual, de solicitar un inventario de los bienes sociales, es una "medida entorpecedora".

La Cámara Comercial de la Capital en 1956, sala B, en el caso Alessio, con mi voto, llegó a las siguientes conclusiones: "No puede privarse a los socios del derecho de reglamentar la forma de liquidar la sociedad, ni la facultad de establecer la cantidad que ha de pagarse en determinado momento por el valor de la liquidación de esa cuota; tal liquidación que tiene importancia y conviene para la estabilidad del ente social, interesa a la economía del país tanto como las disposiciones que aseguran y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

defienden los derechos de los herederos".

"El derecho a la legítima es un derecho potencial, porque el artículo 3279 del Código Civil (6)(975) establece el principio de que precisamente la sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive".

"El causante en vida tiene libertad de acción para realizar contractualmente las operaciones que correspondan. El causante puede realizar todos los contratos que convengan en un momento dado a la realización de su patrimonio".

"La legítima es un derecho eventual y su violación tiene que surgir como consecuencia, clara y evidente - recalco, clara y evidente - de la mala fe del causante. No se puede, por vía de invocar la legítima, restringirse la capacidad de disposición del causante".

"Lo que transmite el causante a sus herederos es un valor de liquidación".

"Se establece en el contrato que la liquidación de las cuotas se hará en tal forma".

"En nada choca ese contrato con las disposiciones de la ley".

"No es una donación sino una disposición a título oneroso".

Como señala Ambrosio, "nadie puede pretender tener derecho de heredar un patrimonio activo y líquido. Cada persona, durante su vida, administra los bienes con toda libertad: cuando fallezca sus sucesores verán si les conviene aceptar la herencia lisa y llanamente o con beneficio de inventario - como sabemos, esto ha sido reformado últimamente en el Código Civil, que establece que siempre la herencia se acepta con beneficio de inventario -, o si es prudente renunciar del todo a ella.

"El derecho a la legítima no representa meramente, dice Ambrosio, un beneficio positivo garantizado por el legislador; es sólo un derecho potencial a una cuota parte de la herencia (artículo 3591 del Código Civil), tal cual ello se presentare en el momento de la transmisión, esto es, con los créditos y deudas (artículo 3279 del Código Civil)".

"El instituto de la legítima - obsérvese bien - limita la disposición gratuita, entre vivos, por causa de muerte, pero no también la administración y disposición a título oneroso inter vivos" (J. A., t. 56, pág. 10, doctrina).

La solución que hemos sintetizado a través de las muchas opiniones y fallos, es la legal. Ella también obedece y se funda en los principios de la "conservación de la empresa" (Despax, "La Enterprise Moderne"; Fernández de Noova, "Concepto jurídico de la empresa", en Revista de Derecho Mercantil) que hemos expuesto al principio, y que aquí con esta norma tienen su amparo jurídico.

Ese principio, llamado también de la "continuidad de la empresa", fue protegido ya por el Código de Comercio de 1862 y en el Código Civil de 1869, con ese artículo 1654, inciso 4º.

Podemos recordar la opinión del gran presidente de la Corte de los Estados Unidos, Marshall, que dijo: "Es ante todo con la finalidad de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cubrir los créditos de los hombres sucesivamente, con inmortalidad y personalidad, que las sociedades han sido creadas y desarrollan sus actividades. En virtud de esto, una perpetua sucesión de individuos puede actuar a favor de la promoción del objetivo determinado, al igual que un "ser inmortal".

Ultimamente se habla de la "inmortalidad de la empresa".

Yadarola, refiriéndose a esta situación, dice: "Una liquidación de esta índole puede ser fuente de dispersión de energía y pérdida de valores, con daños para los socios como para la colectividad, que siempre se perjudica con los quebrantos que surgen de las empresas particulares en virtud de la conocida ley económica del encadenamiento del crédito y de los negocios".

Pero en los últimos tiempos hubieron decisiones y posiciones doctrinarias erróneas.

La Cámara Nacional Civil, sala A, en el juicio Boglietti y Cía. S. R. L. c/Boglietti, Juan Delfino César s/sucesión s/opción de compra, adhiriendo al voto del doctor Borda, entre otras consideraciones más extensas dijo:

"Pero para que tal cláusula funcione válidamente, para que no oculte una defraudación a los herederos de los socios, es fundamental que dicho inventario o balance respondan a la realidad y expresen la verdadera cuantía de los bienes. Al pretender quedarse los socios sobrevivientes con la parte que correspondía al difunto por un precio substancialmente inferior al valor real de dicha participación, incurren a mi entender en un típico abuso del derecho".

"El artículo 1654, inciso 4º, está inspirado por un motivo clarísimo y perfectamente legítimo; puesto que todo contrato social supone una relación de confianza recíproca, una affectio societatis, no es lógico ni razonable exigir a los socios sobrevivientes que continúen sus negocios con los herederos del fallecido. Por ello la ley les da la opción entre seguir la sociedad o desinteresar a los herederos; y para facilitar ese proceso de liquidación, admite que en el mismo contrato social se establezca el precio a la manera de fijarlo".

"Pero adviértase bien que la ley habla de precio; debe entenderse, por tanto, que se trata del justo precio. Si por ejemplo, se fijase un precio de \$100 a lo que vale \$ 1.000 es evidente que se estaría en presencia de una donación post mortem, oculta bajo la apariencia de un contrato oneroso. He exagerado deliberadamente el ejemplo para demostrar que en la solución del caso no es posible prescindir de la equivalencia de los valores; en otras palabras, creo que el precio establecido en el contrato social debe admitirse como suficiente cuando no importa una diferencia substancial con el valor real de la participación del socio fallecido, pero si la hay, deberá estarse al justo precio".

"Es de toda evidencia que la ley no se ha propuesto dejar sin efecto estos principios esenciales de la transmisión mortis en nuestra hipótesis; lo único que ha procurado es un sistema simple y justo que permita una rápida liquidación de la sociedad. El precio puede estar predeterminado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el contrato social, pero debe ser un precio justo y no esconder una disposición de bienes mortis causa (de acuerdo López Olaciregui, «A propósito del artículo 1654, inciso 4° del Código Civil», Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, t. 32, enero - abril 1954, páginas 39 y sigs.). (Ver este fallo en Doctrina Judicial, 8 de julio de 1959, N° 674)

El doctor Chute, actual ministro de la Corte Suprema, señaló en el fallo de la Cámara Nacional Civil, sala C, con fecha 21 de abril de 1958, que si el balance debía realizarse dentro de los treinta días de producido el fallecimiento y como consecuencia de su resultado abonarse a los herederos el capital y utilidades, no resultan fundadas las reclamaciones de la legataria y de los herederos.

"Es preciso tener presente - expresaba el doctor Chute -, citando la opinión del doctor León, que no cabe hablar en este asunto de una verdadera compraventa de un fondo de comercio, unitaria e integralmente considerada, operación que no se pudo concertar libremente por todos los dueños con un extraño, sin pactos ni compromisos anteriores, sino de la transferencia dispuesta expresamente con anterioridad y de modo obligado para los enajenantes en el contrato que regla estrictamente las relaciones creadas entre todos los componentes de la entidad social".

"El procedimiento previsto al constituirse la sociedad tiende - de conformidad con los usos y prácticos del comercio - a impedir los males que podrían traer aparejado una liquidación prematura. Aun aceptado que los herederos del socio fallecido puedan recibir en compensación de la transferencia de su cuota social, una muy inferior a la que corresponda en consideración a los valores reales e intrínsecos de los bienes de la sociedad, el resultado no sería de un elemento aleatorio que queda incorporado al contrato en el momento mismo de su formación".

Con fecha 15 de julio de 1964, la Cámara de Comercio, sala B, en Rebuscaglia de Souvie, Beatriz, c/Buscaglia Hijos S.R.L., repitió esa doctrina, con mi voto, al que adhirieron los doctores Halperín y Vásquez. (Ver La Ley, t. 118, pág. 305, con nota muy erudita del doctor Varangot). Debo señalar que la disposición del artículo 1654, inciso 4° del Código Civil no era una norma añeja.

Bibiloni, que realizó una monumental obra que perdurará en la memoria de los juristas, sin que la cubra jamás, como se ha dicho con ligereza, el "manto del olvido", en su proyecto la acentúa, estableciendo lo siguiente: "que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias la que resulte del último balance aprobado por los socios, proporcionalmente al tiempo transcurrido desde su formación hasta su muerte. Puede también pactarse que los sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social tomando por base el último balance aprobado e inventario, y abonando la cantidad que así resulte corresponder al socio muerto". (Anteproyecto, edición Abeledo, t. VI, pág. 285).

En la nota, expresa Bibiloni: "no se comprendería cómo podrían tomarse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras bases que la de los balances tomados con acuerdo del causante". He dicho que el proyecto de ley de sociedades, en el artículo 13, inciso 5° (no para el caso de muerte del socio), dice que: "Son nulas las estipulaciones siguientes... 5° Que permitan la adquisición de la parte de alguno de los socios por un precio que no fuere justo al tiempo de hacerla efectiva".

Es una norma confusa y extraña.

Para peor, se han complicado las cosas enormemente, porque se ha reformado el Código Civil, según el proyecto "muy callando" de una comisión, en la cual ha tenido actuación preponderante el señor ministro del Interior, doctor Guillermo Borda que, como sabemos, es un notable jurisconsulto.

Es así como en esta materia del artículo 1654 inciso 4° del Código Civil, hoy es ley el fallo de la Cámara Nacional Civil, sala A, de 2 de junio de 1959, en el caso "Boglietti y Compañía S.R.L. c/Boglietti, Juan Delfino César s/sucesión s/opción de compra", que acabo de comentar.

En efecto, el artículo 1654, inciso 4°, establece: "Son válidas las estipulaciones siguientes:... 4° Que por fallecimiento de cualquiera de los socios, sus herederos sólo tengan derecho a percibir como cuota de sus ganancias una cantidad determinada, o que el socio o socios sobrevivientes puedan quedar con todo el activo social pagándole una cantidad determinada". Este inciso 4° es ahora inciso 3°. Hasta aquí, es igual que el artículo 1654, inciso 4° de Vélez Sársfield. Pero esta modificación reciente agrega: "Empero, la aplicación de esta estipulación no podrá afectar la legítima de los herederos forzosos. Además, será invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el artículo 1198 respecto de las circunstancias imprevistas sobrevinientes".

Estas son las ideas sostenidas por el doctor Borda como juez en el caso Boglietti, convertidas ahora en norma legal y que significan, lisa y llanamente, no sólo hacer inútil el proyecto de sociedades sobre el punto, sino romper, dramáticamente, con el principio de la "conservación de la empresa". Porque para poder respetar la legítima y pagar los bienes aportados con un valor de pesos diez mil como capital, que hoy con la inflación valen diez millones, las sociedades para reintegrar sus cuotas a los herederos, tendrán que vender o liquidar las empresas, con grave daño a la economía nacional.

El artículo 1788 bis del Código Civil, también recientemente sancionado, dice que "En la liquidación... la parte del socio fallecido o saliente se determinará, salvo estipulación en contrario del contrato social - que ya hemos visto que en el artículo 1654, in fine, está limitado -, computando los valores reales del activo..." (la reforma se olvidó del pasivo que también, es evidente, debe tomarse en cuenta).

Ya sabemos lo que son valores reales, que en 1943 eran de 30.000 pesos y que hoy son 30 millones.

Un cantar, es pagar las cuotas de los herederos "según el último balance" - eso decían casi todos los contratos libremente estipulados en la República Argentina -, en cuotas y con un interés moderado, y, otro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cantar, muy distinto. es tener que pagar cuotas de un patrimonio inflado, calculado según "valores reales".

Sabemos la diferencia entre "capital" y "patrimonio". Sobrepassa éste, por la inflación, al capital.

Desde luego que la estipulación del socio debe ser una cláusula real y de buena fe, no con mala intención, porque si se busca burlar a los herederos, caería fulminada, como caen todos los actos jurídicos en virtud de los artículos 931, 955, 961, etcétera, del Código Civil. También dejaría de aplicarse la cláusula, aun cuando fuera plenamente válida, si el balance oculta cifras y se hace con trampas, en perjuicio del heredero. Por más que lo diga el Código Civil, es muy difícil que la cláusula establecida en el contrato social, de que la cuota del capital del socio premuerto -que deben recibir sus herederos -"se fijará según el último balance", pueda ser un caso de aplicación del artículo 1198 (doctrina de la imprevisión), por estas dos razones.

a) Con razón, señala Masnata que en la aplicación del artículo 1198 "hay que prescindir de la eventual modificación de las exigencias subjetivas, y de los criterios estrictamente personales que indujeron a las partes a prever un equilibrio en vez de otro".

"La onerosidad - dice Pino - no debe determinarse sólo en consideración a la prestación principal, sino teniendo en cuenta todas las obligaciones accesorias, verbigracia, los gastos ocasionados para poner al deudor - en este caso la sociedad o la empresa - en situación de cumplir". (Pino, La excesiva onerosidad de la prestación. Barcelona, 1959, pág. 86).

Estamos en presencia de un contrato "plurilateral", de acuerdo a la buena doctrina moderna, y frente a una sociedad que se organiza como empresa, es decir para producir bienes o servicios.

No se puede, en consecuencia, declarar que a favor del heredero existe onerosidad, prescindir de las consecuencias que ella va a producir necesariamente con respecto a la sociedad y con relación a los "otros socios" que integran la sociedad, que se verán arrastrados por una disolución o indemnización más que "excesivamente onerosa".

El artículo 1654, inciso 3º, in fine - ubicado en el capítulo De la sociedad -, dice que "Además, será invocable en cualquier caso el derecho que acuerda el artículo 1198. ..". Ese derecho - obsérvese bien - es, en principio, la "resolución del contrato".

Debo señalar que la "resolución del contrato", es decir la regla del "adimpletis contractus" o el "sinalagma", no rige plenamente en los contratos plurilaterales.

Por regla general, no puede "disolverse" o "resolverse" totalmente una sociedad, porque aparezca un problema con un socio o con los herederos de un socio.

El Código Civil italiano - con rigor jurídico - habla en estos casos, en los artículos 1420, 1446, 1452, 1459, 1456, de rescisión sólo cuando la prestación caída debe considerarse como "esencial".

Pero autorizándose ahora, por el artículo 1654, inciso 3º, in fine, del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Código Civil, artículo 1788 bis y artículo 1198, a exigir "valores reales o actuales", será tal la influencia o el impacto que esa exigencia va a causar a la entidad, que el régimen de la "resolución" en el contrato plurilateral (artículo 1459 del Código Civil italiano) referido sólo a la prestación incumplida, siempre va a resultar esencial y, como regla, producirá la "resolución total".

Con ello, desaparecerá la característica más típica de la plurilateralidad del contrato de sociedad, plurilateralidad que es de la esencia del contrato de sociedad, para el manejo y el desenvolvimiento de los elementos que integran la "organización", que es la empresa.

A eso llevan disposiciones impensadas.

b) Es evidente, además, por suerte, que el artículo 1198 tendrá muy poca aplicación a las sociedades mercantiles.

"El último balance" de un causante muerto en 1968, será el balance de 1967, y resulta muy difícil que en esos pocos meses se hayan producido acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que tornen la obligación excesivamente onerosa.

Para que los herederos pudieran invocar esa norma, lógicamente, ella tendría que remitirse a la fecha de constitución de la sociedad. Pero, recalamos, la cláusula refiere al "último balance" y no al momento de la constitución de la sociedad. El socio del ejemplo, causante que estaba vivo en 1965, 1966, 1967, votó por la aprobación de esos balances, cobró sus beneficios, se atuvo en todo a los resultados de esos balances, que contaron con su expresa conformidad. Los herederos sólo podrían impugnar - si existen causas extraordinarias o imprevistas - el balance de 1968, pero no los anteriores.

Con razón señalan Hamel y Lagarde, por una parte, y Escarrá y Rault por otra - ambos citados por Cámara - que con respecto a esta cláusula: "valor según el último balance", no puede hablarse ni de "abuso de derecho" ni de "enriquecimiento sin causa", porque el "inventario" es por definición la obra común de todos los socios, y el socio causante de los reclamantes, con plena conciencia y conocimiento, participó de la confección del balance.

El balance se hizo oportunamente, y la partición posterior se efectuó conforme a las disposiciones estatutarias; en consecuencia, "resulta lícito e inobjetable". La inexactitud del inventario no justifica la reclamación de los herederos, si el difunto lo aceptó como verdadero y con conocimiento de causa.

De allí resulta que, ni el artículo 1654, inciso 3º - que busca proteger la "legítima" -, ni el artículo 1198 - que quiere proteger contra la "imprevisión" -, son, felizmente, aplicables.

Otro artículo del Código Civil, sancionado recientemente, servirá también para salvar a la empresa de las citadas malas disposiciones que podrían derrumbarla. Me refiero al artículo 2326, segundo párrafo, agregado, que establece: "No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Aquí encontramos una norma que nos brinda la posibilidad de detener la disgregación de una planta industrial, cuando tuviera que hacerse para pagar su parte inflada a un heredero impaciente, pero sacrificando, para ello, el interés de la empresa y de la economía general.

Dentro de la misma idea correctora del exagerado principio, acogido en la segunda parte del inciso 3º del artículo 1364, el artículo 1316 bis recientemente introducido en el Código Civil, ha incluido este principio: "Los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta se determinarán reajustándolos equitativamente teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión - en materia de sociedades habría que decir la fecha en que se hizo el aporte - y las circunstancias del caso".

De todas estas normas: las proyectadas por la comisión que redactó el anteproyecto de ley de sociedades comerciales (artículo 13, inciso 5º, artículo 225, inciso 1º y artículo 247), y los mencionados nuevos artículos del Código Civil, contradictorios entre sí, resulta un sistema legal incomprensible, que debe ser corregido y aclarado con urgencia, para saber a qué atenerse, frente a este problema trascendental en la economía actual, de la "conservación de la empresa".

Señores: El 7 de abril de 1866 se fundó este Colegio con el objeto de promover el mejor desempeño de la profesión y darle respetabilidad y decoro.

A través de los ciento dos años transcurridos, esta magna corporación ha cumplido, sobradamente, tales propósitos.

Por la seriedad e inteligencia de sus integrantes, por el estudio prolijo y esmerado que ellos han hecho siempre de los antecedentes, en las transmisiones inmobiliarias y de los documentos, en la constitución de las grandes empresas argentinas, los escribanos, como dijo el señor Horacio E. Rossi, ex presidente del Colegio y mi dilecto amigo, han contribuido, sin duda, a "labrar la grandeza de la Patria".