

HACIA UN NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD

Dante Cracogna

RESUMEN:

A lo largo de casi cincuenta años el régimen societario argentino estuvo gobernado por el paradigma surgido de la Ley 19.550, cuyo concepto de sociedad inspiró y brindó fundamento a la doctrina de la materia. Con la sanción de la Ley 26.994 se produjo un profundo cambio cuyas consecuencias están lejos de agotarse. A ello se suma la aparición de la SAS, cuya regulación introdujo significativas novedades, como así también las proyectadas Sociedades BIC que aportan la consideración del impacto social y ambiental, además del incremento del valor de la inversión de los socios. También, en ciernes, la incorporación de las Empresas Sociales Simplificadas al elenco societario con el objeto de facilitar la asimilación a la economía formal de emprendedores de mínima magnitud. Todas estas innovaciones plantean el desafío de realizar un abordaje teórico que permita dar cuenta de una nueva realidad en proceso de cambio, superando los rígidos moldes vigentes durante mucho tiempo. En suma, es claro que el paradigma vigente está en crisis, pero aún no se halla claramente definido el nuevo que habrá de sustituirlo.



1. Introducción

En el derecho nacional, las sociedades han sido caracterizadas de una determinada manera que puede considerarse epitomizada en el art. 1° de la Ley 19.550. Ahora ese paradigma hegemónico aparece cuestionado y asistimos a la emergencia de lo que podría considerarse, en el lenguaje de Khun, como una “crisis de paradigma” que, en cuanto tal, obviamente, no presenta una alternativa totalmente definida y completa pero evidencia -o anuncia- que se han superado las condiciones básicas que caracterizaban al que tenía vigencia hasta el presente.

2. Estado del arte

La sanción de la Ley 26.997 que aprobó el Código Civil y Comercial derogando simultáneamente los Códigos Civil y de Comercio y reformando al mismo tiempo la Ley 19.550 vino replantear la reflexión teórica acerca de las sociedades en el derecho argentino. A ello se suma la sanción de la Ley 27.349 que crea la sociedad por acciones simplificadas (SAS) y la existencia de algunos proyectos de ley sobre otras sociedades que agregan ingredientes de notable incidencia en este tema.

Por lo tanto, no se trata, simplemente, de analizar o repasar las diferentes figuras societarias, nuevas o antiguas, dentro del panorama jurídico nacional y sus problemas específicos. Tampoco la cuestión consiste en realizar una revisión de los lineamientos comunes que el legislador adjudica en forma reiterativa o novedosa a las sociedades en general. Ocurre, por el contrario, que las nuevas disposiciones legales provocan alteraciones sustanciales –disruptivas, podría decirse- que, sumadas a la corriente de ideas y de normas que se vienen sucediendo en los últimos tiempos, hacen aflorar a la consideración de la doctrina cuestiones que ponen en tela de juicio concepciones que podían reputarse consolidadas. Es innegable que el panorama societario ha experimentado un cambio que amerita su análisis crítico para poner en la fragua ciertos esquemas y conceptos tenidos por recibidos.

La doctrina tiene, pues, por delante, la tarea inaplazable de abordar el tema con miras a una puesta al día que represente una síntesis del estado del arte en la materia, superando la limitada labor descriptiva o simplemente exegetica y, más aun por cierto, el mero empeño de resolver los aspectos prácticos involucrados; todo ello es obviamente útil, pero insuficiente frente a las renovadas exigencias teóricas que plantea el momento actual. De ello se trata, de aprehender el material legislativo y someterlo a un examen crítico y la consiguiente sistematización teórica capaz de presentar una visión, al menos aproximativa, del nuevo paradigma societario a fin de satisfacer una necesidad epistemológica evidente.

3. El paradigma de la Ley 19.550 y la reforma de la ley 26.994

En 1972 se sanciona la Ley 19.550 que vino a introducir un profundo ordenamiento, cambio y modernización en el régimen societario hasta entonces vigente. Debe tenerse presente que, en lo fundamental, el régimen de las sociedades mercantiles continuaba siendo el que incorporó la reforma del Código de Comercio de 1889, al que se fueron sumando las leyes especiales para ciertas sociedades; de manera que se trataba de una normativa antigua, dispersa y desordenada que la jurisprudencia y la doctrina procuraban mantener actualizada a tono con las cambiantes exigencias de la realidad del tráfico mercantil.

La nueva ley recondujo las sociedades comerciales a un sistema unificado y organizado mediante una estructura técnicamente avanzada, dotada de una amplia parte general con disposiciones comunes a todas las sociedades y una parte especial con secciones dedicadas a cada sociedad en particular. No incluyó a las sociedades del Estado y mantuvo inalterado el régimen de las cooperativas y de las SEM (art. 389), además de otras específicas.

Hasta el 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del C.C. y C. y de la reforma de la Ley 19.550, la materia societaria continuaba reconociendo la existencia de dos clases de sociedades: las regidas por el Código Civil y las reguladas por la Ley 19.550, integrada al Código de Comercio (art. 384). La cuestión acerca de sus diferencias radica tanto en aspectos teóricos generales como en las disposiciones específicas del régimen legal de cada una de ellas

En general, la teoría considera a las asociaciones como el género y a las sociedades y las asociaciones propiamente dichas como especies, siendo las primeras (sociedades) de carácter egoísta o lucrativo y desinteresadas las segundas (asociaciones). Vale decir que el rasgo que caracteriza a las sociedades es su propósito de obtener ganancia para repartir entre sus integrantes. Tanto las sociedades civiles cuanto las comerciales se ubican, pues, como entidades que persiguen una finalidad de lucro para sus integrantes. La diferencia entre ellas consiste en que, conforme establece el art. 1º de la Ley 19.550, las comerciales se organizan como empresas para la producción o intercambio de bienes o servicios, en tanto que ese requisito no lo exigía el Código Civil para las sociedades civiles (art. 1648). En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley 22.903, modificatoria de la Ley 19.550, incidentalmente, al tratar acerca de los contratos de colaboración empresaria manifiesta en forma clara que "... a tenor del art. 1º de la ley es la empresa en sentido económico lo que constituye el objeto genérico y abstracto de toda sociedad mercantil que se presenta entonces como el recurso técnico de toda organización pluripersonal que persiga la producción de bienes o servicios." Distinto es el caso de las sociedades civiles en tanto su definición legal no las vincula con la noción de empresa, limitándose a señalar que su fin es "obtener alguna utilidad apreciable en dinero, que (los socios) dividirán entre sí," del empleo que hicieren de lo que cada uno hubiere aportado (art. 1648 Código Civil).

Ahora bien, la reforma introducida en la Ley 19.550 por la Ley 26.994 elimina del art. 1º la referencia a la sociedad "comercial", como así suprime del título de la ley mencionada en primer término la mención de sociedades "comerciales" y reforma de igual manera el título de la Sección I del Capítulo Primero. Ello implica, claramente, que en la legislación argentina ya no existen sociedades "comerciales". De tal suerte que ahora no hay más sociedades civiles ni sociedades comerciales; existen solamente "sociedades" a secas. La doctrina tendrá,

pues, la tarea de re-elaborar la teoría general de las sociedades a fin de lograr un concepto unificador que dé cuenta de esta nueva regulación legal, superando las diferencias secularmente reconocidas entre unas y otras.

Sin embargo, el texto reformado del art. 1° de la Ley 19.550 mantiene la referencia a la “organización” (conforme a los tipos en ella previstos) como así la alusión al objeto de “producción o intercambio de bienes o servicios”; ambas menciones están orientadas a la noción de empresa. Por otra parte, la Exposición de Motivos del texto original de la Ley 19.550, explicaba que la organización se relaciona “con la idea económica de empresa -que constituye la actividad normal de las sociedades mercantiles-”. Se advierte claramente que la referencia a la empresa se explicaba por tratarse de la regulación de las sociedades comerciales; pero se mantiene ahora a pesar de que la ley ya no trata de ellas sino de las sociedades en general, lo cual lleva a cuestionar si las sociedades civiles son reconducibles a ese redil o si la nueva noción de sociedad debería zafar del anclaje empresarial.

El art. 3° de la Ley 26.994 dispuso la derogación del Código Civil, aprobado por la Ley 340. Dicha disposición significó dejar sin sustento legal a la sociedad civil regulada por los arts. 1648 a 1788 del código de Vélez Sarsfield, puesto que ninguna norma del C.C. y C. hace referencia a dichas sociedades ni brinda solución alguna para la suerte futura de las existentes. Por otra parte, como se recordó, en virtud de las modificaciones incluidas en el Anexo II de la Ley 26.994, la Ley 19.550 pasa a denominarse “Ley General de Sociedades”, con lo que parecería evidente que sus disposiciones habrán de regir también a las sociedades civiles existentes al momento de su sanción, ya que obviamente no sería viable constituir nuevas.

La situación descripta ha provocado desconcierto y controversia en la doctrina. Una parte sostiene que las sociedades civiles existentes pasan a estar comprendidas en la Sección IV del Capítulo I de la Ley 19.550 en su nueva redacción; es decir que serían sociedades que algunos llaman “simples” o “residuales”. Otros opinan que en tanto no tengan la forma organizada y el objeto empresarial -producción o intercambio de bienes o servicios- que exige el art. 1° de la ley, no tendrán carácter de sociedades y, en todo caso, han de ser consideradas como contratos asociativos (especialmente agrupaciones de colaboración) previstos en el Libro Tercero del C.C. y C.. Finalmente, si bien hay quienes sostienen que estas sociedades continuarán existiendo como fueron creadas pues el cambio legislativo no puede alterar su naturaleza, la mayoría parece decantarse hacia la primera solución.

A lo dicho debe agregarse la eliminación del control de legalidad que estaba previsto por el art. 6° de la Ley 19.550 en su redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 16.997. Esta innovación viene a modificar sustancialmente

la función del registro público en materia de sociedades, inaugurando una nueva etapa que reduce y flexibiliza los trámites y controles que tradicionalmente conllevaba su constitución legal. Con mayor intensidad todavía, la ley de creación de la SAS llega a la creación de registros informáticos y la inscripción inmediata mediante utilización de instrumentos modelo.

4. El problema de la tipicidad

La Ley 19.550 consagró la tipicidad societaria en forma terminante. Esta constituye un rasgo fundamental, sin duda el de mayor relieve, del régimen de las sociedades comerciales instaurado por dicha ley. En efecto, la noción misma de sociedad con que se inicia ese régimen legal determina que habrá sociedad comercial cuando dos o más personas se organicen *conforme a uno de los tipos previstos en esta Ley*. Vale decir que el tipo se convierte en una nota esencial de la sociedad; no hay sociedad comercial si ésta no estuviera organizada conforme con uno de los tipos que la ley establece. Así lo ratifica rotundamente el anterior art. 17 de la citada ley cuando prescribe que “es nula la constitución de una sociedad de los tipos no autorizados por la ley”. De tal suerte, la opción era concluyente: o se adoptaba la tipicidad legalmente establecida o se sufría la nulidad con la que ley fulminaba a los tipos no autorizados.

La reforma de la Ley 19.550 introducida por la Ley 26.994 ha venido a cambiar radicalmente la situación al determinar que en caso de infracción a los requisitos esenciales tipificantes o de inclusión de elementos incompatibles con el tipo legal “la sociedad constituida no produce los efectos propios de su tipo y queda regida por lo dispuesto en la Sección IV de este Capítulo” (art. 17 nuevo). Vale decir que, aun manteniéndose en la definición del art. 1° que “habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley ...”, se admite que puedan existir sociedades no organizadas conforme con ellos y se le establecen reglas especiales para su regulación: las de la Sección IV del Capítulo I.

El giro no podía ser mayor. Ahora, simplemente, las sociedades pueden ser típicas o no y ser igualmente sociedades. La tipicidad ha devenido una opción, no una exigencia. En rigor, la mención de los tipos previstos por la ley que formula el art. 1° de la Ley 19.550 se debe entender como elección, no como obligación; vale decir que ahora la ley brinda la posibilidad de acogerse a un tipo o no hacerlo, a pesar de que el nuevo texto del citado artículo no lo manifieste expresamente. En suma, habrá sociedad, sea ésta típica o no, tal como surge del art. 17 de la Ley 19.550 reformada. Sin embargo, una complicación adicional tiene lugar a raíz de la subsistencia del art. 3° de la mencionada ley en cuanto admite las “asociaciones bajo forma de sociedad” (verdadera *contradictio in*

terminis) siempre que se constituyan “bajo algunos de los tipos previstos”, con lo cual es la tipicidad la que les brinda el carácter societario.

La rígida tipicidad impuesta por la Ley 19.550 fue fundamentada por sus autores en el “convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse el sistema opuesto.” Y sostenían que el legislador tenía competencia para concretar nuevos tipos societarios, si lo estimara conveniente. Sobre esta base se construyó el sistema de la tipicidad al que la Ley 26.994 eliminó sin que los Fundamentos del Anteproyecto de C.C. y C. se explayaran acerca de los motivos.

Cabe destacar que el dcto. 191/11 que dispuso la elaboración del “Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” puntualizó en sus considerandos que la tarea habría de cumplirse “sin sustituir la legislación especial”. A su vez, los mencionados Fundamentos señalan que se respetan los “microsistemas normativos autosuficientes” - entre los cuales se cuenta, precisamente, la Ley 19.550- enfatizando que se ha tratado de no modificar otras leyes “excepto que ello fuera absolutamente necesario” pero agrega: “Sin embargo, es necesario hacer modificaciones a la ley de sociedades, conforme lo hizo el Proyecto de 1998 y lo sostiene la mayoría de la doctrina. Estas reformas no pretenden alterar el sistema, sino ajustarlo a las reglas generales del Código y se refieren a temas específicos.” A continuación se expresa una serie de temas acerca de los cuales se proponen reformas, pero entre ellos no se menciona la desaparición de la tipicidad. Tal vez el motivo de esa omisión sea que el art. 1º de la Ley 19.550 mantiene la referencia a los tipos y que el segundo párrafo del art. 17 prescribe que las sociedades constituidas en infracción al tipo legal no producen los efectos propios de su tipo sino que se rigen por otras disposiciones (las de la Sección IV del Capítulo I); pero son igualmente sociedades. Ya no se las fulmina con la nulidad prescripta por el art. 17 en su anterior redacción; ahora solamente se las somete a un régimen diferente previsto por la misma ley.

Esta profunda innovación introducida por la Ley 26.994 puede explicarse como un avance en el reconocimiento de libertad contractual y, más aun, del derecho de asociación incorporado en la Constitución Nacional. De manera que los particulares puedan optar con mayor amplitud de posibilidades cuando deciden acudir a la asociación entre sí para realizar actividades económicas.

5. La pluralidad de socios y la sociedad como contrato

El concepto de sociedad comercial del art. 1º del texto original de la Ley 19.550 estableció el requisito de la pluralidad de personas para constituir la sociedad, a tono con el carácter de contrato plurilateral de organización con se

caracteriza a la sociedad. Esta plurilateralidad existe aun cuando sean sólo dos los socios, tal como aclara la Exposición de Motivos. El alcance la pluralidad dio lugar a controversia, toda vez que algunos sostuvieron que debía ser material, es decir que todos los socios debían tener una participación significativa, en tanto otra parte de la doctrina sostuvo que la ley solamente exigía pluralidad de socios, sin inmiscuirse en la participación con la que cada uno debería contar en ella.

La pluralidad de socios como requisito fundamental caracterizante de las sociedades –criticado por buena parte de la doctrina, pero legalmente imperativo– vino a quedar eliminado en el nuevo régimen inaugurado por la ley 26.994 con lo que la noción misma de sociedad como contrato (arts. 1º, 4º y otros, Ley 19.550) quedó en entredicho después de años de haberse teorizado acerca del “contrato plurilateral de organización”. Ahora la sociedad puede nacer de un acto unilateral; la sociedad unipersonal aparece así en el escenario nacional, aunque circunscripta a la sociedad anónima y con significativas limitaciones, algunas superadas por legislación posterior. La magnitud del cambio es innegable.

6. Las sociedades por acciones simplificadas y otras

Novedad de significativa importancia constituye la sociedad por acciones simplificada (SAS) que ingresa al elenco societario nacional mediante la Ley 27.349. La nueva figura surge a menos de dos años de la entrada en vigencia de la Ley 26.994 que, además de aprobar el Código Civil y Comercial, introdujo importantes reformas en la Ley 19.550. Vale decir que la SAS pudo haber sido ubicada dentro del contexto de la Ley General de Sociedades de manera orgánica y sistemática pero fue legislada por fuera del régimen societario general y dentro del marco de una ley más amplia, que instituye un régimen especial para fomento de los emprendedores. No obstante, prescribe la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley 19.550 “en cuanto se concilien con las de esta ley” (art. 33, *in fine*, Ley 27.349).

De tal suerte, la aparición de la nueva figura por fuera del contexto de la Ley General de Sociedades y con rasgos muy peculiares, casi un híbrido entre la sociedad anónima y la de responsabilidad limitada, puede llevar a concluir que se trata de un régimen especial -autosuficiente en principio- diverso del que corresponde al resto de las sociedades. Esta interpretación se refuerza si se tiene en cuenta que el proyecto del P.E. que dio origen a la Ley 27.349, limitaba asimismo la aplicación supletoria de las disposiciones de la Ley 19.550 a aquéllas que se conciliaran con “la naturaleza de la SAS”.

Adicionalmente corresponde mencionar a las sociedades de beneficio e interés colectivo (sociedades BIC) previstas en un proyecto de ley que obtuvo aprobación de la Cámara de Diputados en diciembre de 2018 y cursa actualmente

en el Senado de la Nación. Esta novedad, si bien no implica la creación de una nueva figura jurídica o tipo societario, constituye una calificación aplicable a las sociedades de los tipos previstos en la Ley 19.550 o en leyes especiales cuyos socios “se obliguen a generar un impacto positivo social y ambiental en la comunidad”. Estas sociedades, ya existentes en el derecho comparado -especialmente en los EEUU e Italia y recientemente en Colombia- vienen a alterar el tradicional objetivo de maximización del beneficio de los inversores matizándolo con la atención a los demás *stakeholders* relacionados con la sociedad modificando, consiguientemente, el régimen de responsabilidad de los administradores.

Por fin, en una etapa todavía incipiente, cabe aludir a la Empresa Social Simplificada (ESS) postulada en sendos proyectos presentados en los últimos meses de 2018 en el Senado y en la Cámara de Diputados, aun sin tratamiento parlamentario. Se trata de una persona jurídica de naturaleza societaria de características muy simples que guarda cierta semejanza con la cooperativa, concebida para vehicular la organización de emprendedores de mínima capacidad económica a fin de que puedan insertarse en la economía formal. Consiguientemente, el régimen societario de esta novedosa figura se halla complementado con un conjunto de medidas promocionales que concurren a lograr su finalidad.

Por último, cabe aclarar que no se hace referencia en este trabajo a las cooperativas toda vez que el art. 6° de la ley 20.337 determina que “no podrán transformarse en sociedades comerciales”, por lo que resulta obvio que no son sociedades. Por otra parte, el art. 148 C.C. y C. cuando enumera las personas jurídicas privadas distingue a las cooperativas (inc. g) de las sociedades (inc. a), lo que ratifica que no puedan considerarse sociedades.

7. Conclusión

El derecho societario argentino acaba de incorporar profundos cambios que se manifiestan, básicamente, en la reforma introducida a la Ley 19.550 por la Ley 26.994 como en la creación de la SAS. No se trata solamente de variantes en los tipos o subtipos societarios, como podrían ser los que fueron incorporados con posterioridad a la Ley de Sociedades Comerciales, o reconocidos por ésta, sino de modificaciones sustanciales que transforman la noción de sociedad hasta ahora vigente. Es en este sentido que podemos hablar de una crisis de paradigma toda vez que el modelo anterior ha sido profundamente conmovido, aun cuando se mantengan algunas de sus características y enunciados verbales, reclamando la elaboración de un nuevo paradigma.