

¿ES NECESARIO REPENSAR EL CONCEPTO DE SOCIEDAD?

Juliano Amarilla Ghezzi

SUMARIO:

El presente trabajo analiza el concepto de sociedad dado por el artículo 1 de la Ley General de Sociedades, desde la óptica de las modificaciones introducidas por la ley 26.994 y 27.349 y, especialmente, como éstas impactaron en la definición de sociedad y en los elementos característicos de ésta.

Como consecuencia de dicho análisis consideramos que sería necesaria pensar en una posible modificación del artículo 1 de la Ley General de Sociedades.



I. Introducción

La presente ponencia tiene como objetivo iniciar la discusión en torno a la necesidad –o no– de reformular el concepto de sociedad que hoy nos da el art. 1 de nuestra Ley General de Sociedades (en adelante L.G.S.).

Ello motivado por las diferentes reformas realizadas a nuestra legislación societaria por la ley 26994 (por la cual se aprobó Código Civil y Comercial de la Nación –C.C. y C.– y que además modificó la ley 19.550) y la ley 27.349 (de apoyo al capital emprendedor en la cual se agrega la Sociedad por Acciones Simplificadas –SAS– como nuevo tipo societario). Esto impactó de lleno en el sistema societario, modificando, a nuestro criterio, algunos de los elementos característicos que se desprende de la definición dada en el art. 1 de la L.G.S.

¿Es necesario pensar en una modificación de la actual definición del concepto de sociedad que nos da el art. 1 de la ley? Para responder ello analizaremos el art. 1 de la L.G.S., sus elementos esenciales y si éstos sufrieron modificaciones sustanciales.

II. La definición de Sociedad en el sistema de la Ley General de Sociedades

La L.G.S. nos brinda un concepto de sociedad en su artículo 1, el cual nos dice que:

“Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas.

La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal”.

De la definición se desprenden los siguientes elementos caracterizantes de la misma, los cuales, como veremos, se han ido modificando respecto del régimen de la modificada Ley de Sociedades Comerciales, éstos son:

- a. La pluralidad de socios
- b. Organización
- c. Tipicidad
- d. Aportes
- e. Participación en los beneficios y soportar las pérdidas
- f. *Affectio societatis*

a. Pluralidad de socios

Sobre este elemento debemos recordar que previo a la entrada en vigencia de la ley 26.994, se encontraba vedada la posibilidad de constituir sociedades unipersonales, criterio que, como sabemos fue modificado en la actualidad.

En lo que respecta a la pluralidad la jurisprudencia entiende que ésta debe ser sustancial y no meramente formal ¹. Es decir, el aporte de cada

¹ “Es procedente disponer que la sociedad anónima accionada, a los fines de evitar su liquidación, recomponga la pluralidad de sus socios, si ésta se ha cumplido en lo formal porque se reunió el número de socios requeridos, pero no así en su aspecto material, puesto que la participación accionaria se encuentra distribuida en forma desigual entre los socios, correspondiendo el 99 % a una Asociación Civil y el 1% a una Asociación mutual, que mantiene una posición de subordinación frente a la primera y cuya participación minoritaria deja en evidencia que no parece razonable que haya sido adquirida con intención de tomar la posición de un verdadero socio”. CN Com, Sala A, Inspección General de Justicia c. Boca Crece S.A., 27/06/2006.

“Debe confirmarse la resolución que rechazó el pedido de inscripción en el Registro Público de Comercio de una sociedad de responsabilidad limitada -en el caso, integrada por

socio debe representar la medida de un interés concreto en miras de un objetivo común ².

Por otra parte, cobra preponderancia y se vuelve esencial en los tipos societarios conformados por dos clases de socios, como por ejemplo el caso de las sociedades en comandita.

Ahora bien, como es sabido nuestra L.G.S. permite la constitución de sociedades unipersonales, en efecto, dentro de los tipos unipersonales podemos encontrar a la Sociedad Anónima Unipersonal (S.A.U.) y a la Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.). Por otra parte, consideramos que también pueden constituirse Sociedades Unipersonales de la Sección IV.

Esto ha motivado que parte de la doctrina considere que este elemento del concepto de sociedad ha perdido importancia habida cuenta de la nueva redacción del art. 1 L.G.S. que admite las sociedades de un solo socio³.

En definitiva, la unipersonalidad societaria es admitida aunque no de un modo amplio, es decir no para todos los tipos que prevé la ley, sino restringida a los tipos anteriormente mencionados.

En razón de ello, entendemos que el art. 1 de la L.G.S. puede ser mejorado en su redacción, atento a que, como hemos visto, no cualquier tipo societario puede ser constituido por una sola persona. En este aspecto, se ha propuesto que hubiese sido más adecuado mantener el requisito de constitución por dos o más socios, pero, en un párrafo aparte, aclarar qué tipos societarios pueden ser constituidos por una sola persona⁴.

dos socios, uno de los cuales tenía el 99,999% del capital societario-, si se trata de un acto jurídico simulado, faltan elementos esenciales del negocio societario que lo vician desde el momento mismo del acto constitutivo, tales como la pluralidad de socios, sin que la simulación pueda considerarse como lícita por violar la concepción contractual de la sociedad comercial y el régimen del patrimonio en el ordenamiento jurídico argentino.” CN Com, Sala E, Fracchia Raymond S.R.L., 03/05/2005.

² GRISPO, Jorge D., *Ley General de Sociedades Comentada*, Tomo I, 1era edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 13

³ NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, 3ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pg. 80.

⁴ Ver SUAREZ, Sergio “El concepto de sociedad en la Ley General de Sociedades. La definición de sociedades como acto y la cabellera del pelado en Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario IX Congreso Iberoamericano de la Empresa, Advocatus, 2016, p. 294.

b. Organización

Se trata de otro de los elementos esenciales del contrato de sociedad. Suele definírsele como un “sistema de reglas de conducta que se proyectan y exponen conforme a las metas de la empresa, los factores existentes, su desempeño, el régimen legal correspondiente y las relaciones y formas de actuación internas y externas”⁵.

Cuando se habla de este elemento, se lo debe asociar al art. 11 de la L.G.S., en especial los incisos 6 a 9⁶ los cuales, como elementos esenciales no tipificantes, cumplen la función de regular la actividad futura de la sociedad.

Consideramos que a raíz de las reformas introducidas por la ley 26.994, este elemento se ve relativizado por la existencia de las sociedades de la sección IV en donde el incumplimiento o la falta de algunos de los elementos del art. 11 no obstan a la nulidad del ente, por el contrario, se les reconoce personalidad jurídica, pudiendo funcionar y operar como sociedad. Ello significa un cambio sustancial respecto del régimen anterior.

c. Tipicidad

La doctrina nacional ha intentado conceptualizar el tipo societario. Así se lo ha definido como “... el ajuste de la estructura, es decir de la forma, a cualquiera de las especies reglamentadas por la legislación, sean los códigos de fondo o leyes ulteriores...”⁷.

Con la adopción de un tipo de los previstos en la L.S.C. se determinaba el régimen legal aplicable, puesto que, de este modo, se podía establecer si estábamos frente a una sociedad comercial o una sociedad civil.

Además, era un principio ordenador y configurador de seguridad jurídica⁸, tanto en las relaciones entre los socios originarios, como con aquellos que se incorporaban con posterioridad a la creación de la sociedad. También era relevante

⁵ ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales” Tomo I, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 54

⁶ GRISPO, “Ley de sociedades...” p. 40

⁷ Cfr. ZALDÍVAR, Enrique, MANÓVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guillermo E., ROVIRA, Alfredo L. y SAN MILLÁN, Carlos “Cuadernos de Derecho Societario, Volumen 1 aspectos jurídicos generales” Reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 25.

⁸ Cfr. ARECHA, Martín, “La tipicidad societaria en el nuevo Código” publicado en *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal*, 1ª edición, CABA, Ediciones D&D, 2015, p. 227.

para las relaciones con los terceros que contrataban con ésta, ya que les permitía saber al momento de contratar con la sociedad cuál era el régimen de responsabilidad de los socios; quiénes se encontraban legitimados para representarla y, en definitiva, cuál era el funcionamiento interno de la misma ⁹.

Tal era la importancia de la adopción de un tipo legal, que la atipicidad societaria era sancionada, severamente, con nulidad absoluta.

La autonomía de la voluntad de los socios quedaba limitada a la elección de uno de los tipos previstos por la ley, no pudiendo éstos, modificar o agregar cláusulas convencionales que modifiquen estructuralmente los límites rígidos del tipo elegido ¹⁰.

De más está decir que todas éstas características que mencionamos han sido dejadas de lado por la L.G.S. ya que ahora se admiten, gracias a las reformas introducidas en los arts. 17 y 21, las sociedades atípicas a las cuales se les reconoce personería jurídica, pudiendo funcionar plenamente.

Pero, además, con la sanción de la ley 27.349 denominada “de apoyo al capital emprendedor” se creó a la S.A.S. como nuevo tipo social de carácter amplio. Nos permitimos denominarlo “amplio” porque a diferencia de la clásica visión rígida de los tipos de la LSC, en donde no se podía modificar sustancialmente la estructura del mismo, en la S.A.S. los socios tienen mayor libertad ya que pueden, por ejemplo, establecer que el órgano de administración pueda conformarse por directores como en la S.A. o por gerentes al estilo de una S.R.L.

En suma, este elemento vio atenuado su carácter de principio básico e indispensable del instituto societario, ya que se puede considerar sociedad tanto a la sociedad que adopta una forma típica como a una sociedad atípica (arts. 17 y 21 L.G.S.). Asimismo, Se debe evaluar un posible cambio en la redacción del artículo 1 de la ley, atento que el mismo omite incluir dentro del concepto de sociedad —conforme su redacción actual— a las sociedades de la sección IV ¹¹.

⁹ Cfr. NISSEN, Ricardo A., *Curso de Derecho Societario*, 3ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2015, p. 85.

¹⁰ Ver BOTTERI, José D.; COSTE Diego, “El nuevo concepto de sociedad”, *Revista Argentina de Derecho Societario*, Nro. 12, octubre 2015, IJ editores, Cita Online: IJ-XCII-482.

¹¹ Se ha dicho que la redacción actual del art. 1 es incomprensible e incompatible con las normas de la sección IV. Ver Suarez Sergio, “El concepto de sociedad en la Ley General de Sociedades y la inexplicable inclusión de la tipicidad en el art. 1 de la ley, Libro de Ponencias del XIII Congreso Argentino de Derecho Societario IX Congreso Iberoamericano de la Empresa, *Advocatus*, 2016, p. 29.

Lo antedicho no obsta a que el principio de tipicidad siga manteniendo la función de establecer reglas supletorias para los casos en los que las partes guardan silencio y para determinar la responsabilidad de los socios.

d. Aportes

Los aportes pueden ser obligaciones de dar o de hacer, que contraer los socios para integrar al fondo común de la sociedad, el cual se afectará a la producción e intercambio de bienes y servicios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que nuestra L.G.S. considera comprendidas dentro de la sección VI a aquellas sociedades que omiten requisitos esenciales (tipificantes y no tipificantes), y que el capital social –el cual se compone del aporte de los socios– es un elemento esencial, surge la pregunta si puede existir sociedad sin aportes de los socios.

En este aspecto entendemos, como una parte de la doctrina, que los aportes hacen a la esencia del contrato por lo cual, sin éstos, no habría socios ni sociedad¹². Además, sin aportes sería cuanto menos dificultoso poder cumplir con el objeto social.

e. Participación en los beneficios y soportar las pérdidas

Se trata de un elemento que continúa presente –principalmente– en las sociedades compuestas por 2 o más socios. Esto se debe a que en las sociedades unipersonales es el socio único el que carga con los resultados de la actividad.

La importancia de este elemento radica, como lo ha señalado la doctrina, en que por la distribución de los beneficios a los socios, se puede diferenciar una sociedad de otras figuras asociativa como las asociaciones civiles o fundaciones¹³.

f. Affectio societatis

Con respecto a la *affectio societatis* se ha dicho que si bien no surge del art. 1, su importancia se infiere de los arts. 13; 54; 91 y 100 de la L.S.C.¹⁴. La doctrina se encuentra dividida en torno a considerar a la *affectio societatis* un

¹² Ver BALBÍN, Sebastián, *Manual de Derecho Societario*, 1ª edición, Abeledo Perrot, CABA, 2015, p. 67.

¹³ BOTTERI, Coste, p. 8

¹⁴ ROITMAN, Horacio, *Ley de sociedades...*, p. 74.

elemento del contrato, Roitman entiende que debe estar necesariamente presente al momento de la constitución del ente¹⁵, no siendo necesario su subsistencia durante la vida de la sociedad.

Este elemento se aprecia en mayor medida en sociedades de personas, en donde la falta del mismo puede llevar a la exclusión por justa causa.

Se entiende que hay *affectio societatis* por parte de los socios cuando éstos dejan de lado sus intereses personales en procura del interés social.

III. Conclusiones

Como hemos dicho esta ponencia proponía rever el concepto de sociedad en virtud de las modificaciones que se han ido introduciendo a nuestro sistema societario desde el 2015 hasta la actualidad y como éstas impactaron en los elementos esenciales del mismo.

En efecto, elementos como la pluralidad subjetiva, la tipicidad o la organización se han visto modificados sustancialmente gracias a la posibilidad de constituir sociedades unipersonales (receptado, como vimos, de manera limitada a algunos tipos sociales), la eliminación de la nulidad por atipicidad y la mayor autonomía de la voluntad por parte de los socios en lo que se refiere a la posibilidad de organizar el ente.

Dichas modificaciones invitan, a nuestro criterio, a pensar en una posible modificación del art. 1 de la L.G.S.

¹⁵ Refuerza su postura al decir que, en caso que éste falte, los fundadores del ente no estarían dispuestos a suscribir el acto constitutivo. Roitman, p. 76.