

VISUALIZACIÓN DE LAS SOCIEDADES EN EL SISTEMA DE DERECHO PRIVADO

Mario G. Bacigalup Vértiz

1. Planteamiento del problema

Se han venido incorporando a nuestra legislación distintas variantes de instrumentos técnico jurídicos para la organización y administración de negocios, que se han agregado a las figuras ya existentes. Este estado de cosas amerita un análisis sobre cómo organizar todas estas figuras (las anteriores y las nuevas), y en su caso una reelaboración de sus categorías y definiciones.

2. Breve historia de las figuras y conceptos utilizados para la organización de negocios ¹

a. Roma:

La *societas* romana era un contrato consensual por el que dos o más personas convenían en cooperar para la consecución de un fin común, que podía ser un único negocio, o sobre la totalidad de los bienes de una persona. Por ello servía para canalizar necesidades muy diversas: podía referirse a un negocio donde las partes se comprometían a desarrollar una actividad en común, o bien tan solo a participar del resultado de uno o varios negocios, entre otras distintas alternativas.

La estructura legal de este contrato era muy sencilla. No existía un mecanismo de representación directa, por lo que quien contrataba con uno de los *socii* no tenía acción contra los otros, de lo que surge que tampoco había solidaridad entre ellos. La comunidad de bienes formada por los aportes de los socios y otras adquisiciones no constituía ni una persona jurídica, ni una *gesamte Hand*: se

¹ Para ampliar lo expuesto en esta sección, ver BACIGALUP VÉRTIZ, Mario G., *Contratos de crédito*, Astrea, Buenos Aires, 2014.

trataba de una simple *communio*. Tampoco era una organización con miembros variables, como lo es la *corporación*: el ingreso de un nuevo miembro a la *societas* exigía el consentimiento de los antiguos; ni existían deudas de la *societas*, sino tan solo de los *socii*.

b. El desarrollo de los tipos comerciales hasta la codificación:

En las prácticas comerciales de las ciudades italianas en la edad media —a partir del siglo XII aproximadamente—, fueron apareciendo nuevos elementos que delinearón con características propias el contrato al cual los romanos habían denominado *societas*. Uno de ellos fue la costumbre por la que en las de sociedades entre comerciantes, cada socio obligaba a los demás en cuestiones del negocio en común: se decía que todos eran procuradores unos de otros. Se ha discutido mucho las razones y el alcance del cambio del principio de la *man-comunidad* entre los romanos a la *solidaridad* en el medioevo europeo: probablemente prácticas ancianas en sociedades agropecuarias por parte de quienes abandonaban la servidumbre y se iban a los burgos; en otros casos tal vez la continuidad de la explotación comercial mediante hijos y familiares del comerciante; o quizás la concepción tomista sobre la legitimidad de los ingresos por parte de los comerciantes.

Por otro lado, para que operara esta *solidaridad* era necesario que los comerciantes actuaran bajo el nombre de una *razón social*; esto es hacer conocer su actividad, firmar conjuntamente sus obligaciones sociales (u otorgarse poderes recíprocos entre ellos para hacerlo), y usar el pronombre posesivo plural para hablar los unos de los otros: *il nostro, nuestro Señor N., hemos recibido, etc.*

Otro cambio significativo en la visión del contrato de sociedad durante la edad media, se dio a partir de que los jurisconsultos comenzaron a referirse a las sociedades como *entes colectivos* —*corpus mysticum*—, poseedores de voluntad, un domicilio y bienes, capaces a la vez de contraer deudas y ser titulares de créditos. Como consecuencia del afianzamiento de este punto de vista, fue costumbre universal que el representante de la sociedad obligara a todos los miembros del “cuerpo” a nombre del cual actuaba, sin otro apoderamiento que la declaración de los co-asociados, o aún su consentimiento tácito. Según esta costumbre bastaba que una letra de cambio fuera suscripta a nombre de la sociedad, expresándose el firmante de una manera “colectiva” (por ejemplo *tenemos*), para considerarlo *órgano* de la sociedad.

La participación en el negocio de otro “sin responsabilidad” por las deudas, también sufrió cambios. En épocas de las primeras costumbres comerciales medievales esto sólo era posible mediante la figura de la *commenda*, que tenía las características de una *participación* moderna (art. 1448 Cód. Civil y Comercial).

Para ello era indiferente que la participación fuera respecto del negocio de una persona física, comerciante o no, o de un negocio de una sociedad. Pero la Ordenanza francesa de Comercio de 1673, estableció una nueva figura denominada *sociedad en comandita*, y abrió un nuevo camino que empezó a apartarse del de aquella vieja figura. Ello ha dado motivo a que algunos autores sostuvieran que el origen de la comandita moderna fue la *commenda*, y otros que fue una derivación de la sociedad *colectiva*, en la que alguno o algunos de sus miembros recurrían a la limitación de su responsabilidad.

A partir de esta regulación, la antigua forma de la *commenda* fue perdiendo ese nombre y la citada Ordenanza optó por no regularla (consideró que estos asuntos para los terceros eran negocios llevados por un sujeto a su propio nombre y que el acuerdo de participación era una cuestión interna ajena al interés público). La práctica empezó a denominar estos vínculos como sociedad *anónima* (distinta de la actual), o *cuenta en participación*.

La *sociedad en comandita* regulada por la citada Ordenanza estableció una nueva regla originada en motivos complejos, que determinó para todas las sociedades la necesidad de su publicidad, mediante su registración: un extracto del contrato social debía conservarse en el archivo del consulado, y exhibirse en un lugar a la vista del público. A partir de esto, la participación, oculta por naturaleza, adquiere carácter público, bajo el nombre de *comandita* e identificada también por una razón social. Pero mantuvo la posibilidad de que el socio comanditario no respondiera por las obligaciones sociales, sino hasta la concurrencia de su parte (Título IV, Art. VIII).

c. La codificación:

Finalmente, con la codificación francesa de 1807, se estableció que la *comandita* usaría razón social, siempre que las personas que figuraran en ella fueran los socios comanditados (los que tenían facultades de gestión), bajo aperecibimiento de que tanto los terceros como los comanditarios que figuraran en ella, asumirían igual responsabilidad: solidaria e ilimitada. La contrapartida de esto era la limitación de responsabilidad de los socios comanditarios. Por otra parte, se permitía que las participaciones de los socios comanditario se instrumentaran o no en *acciones*.

Este mecanismo de la *acción* fue pensado para facilitar la sustitución de un socio por otro, y se aplicaba naturalmente al capital comanditario, toda vez que la persona del comanditario (habida cuenta de la limitación de su responsabilidad) les era totalmente indiferente a los acreedores de la sociedad. Pero más tarde se difundió con mayor extensión aún, cuando se fueron delineando los caracteres de la actual *sociedad anónima*.

Para llegar a la actual configuración de la anónima hubo otro elemento que hay que considerar. Tiene que ver con la estrategia desarrollada por algunas monarquías europeas para encarar la conquista de los “nuevos” territorios surgidos de los descubrimientos de fines del siglo XV y del XVI. Así en los dos siglos siguientes Holanda, Francia, e Inglaterra, entre las primeras, decidieron otorgar *concesiones* o *autorizaciones* para la creación de estas compañías de descubrimiento, caracterizadas por: 1º) depender en todos los casos de autorizaciones monárquicas individuales (lo que para nuestras categorías modernas situaba su regulación en el derecho público) mediante una “carta” de autorización; 2º) la división del capital en partes naturalmente transmisibles (acciones); y 3º) la posibilidad de limitar la responsabilidad de los miembros. Se combinaban entonces motivaciones de índole político-militar por un lado, con intereses patrimoniales de los inversores (aunados a los cuales se otorgaban privilegios para algún tipo de explotación determinada).

La instrumentación de las participaciones de los inversores en acciones, permitió su negociación posterior mediante ventas y reventas a terceros, que dieron lugar al desarrollo de importantes Bolsas. Estas negociaciones pasaron por momentos de auge así como de grandes crisis. Ello dio lugar a algunos ajustes en la incorporación de estas nuevas compañías a la legislación común. Así fue que en Francia se decidió incorporarlas dentro del ámbito del derecho privado, dentro del Código de Comercio de 1807, como un nuevo *tipo* social, que combinó muchos de los caracteres jurídicos ya conocidos: el prototipo de la actual *sociedad anónima*.

En su nueva regulación el Código de Comercio de 1807 mantuvo características de las “compañías de descubrimiento” (consideración como una corporación –en el derecho continental se dirá que *persona jurídica*– divisibilidad de las participaciones en acciones, limitación de responsabilidad a los aportes comprometidos) a la par que estableció nuevas. Así fue que la autorización del monarca fundada en razones de su conveniencia, fue dejada de lado en razón de considerarse a esta figura como un mecanismo a disposición de quien cumpliera ciertos requisitos legales, pero aquella *autorización* mutó al poco tiempo en un control de “legalidad” como antecesor de mecanismos más modernos derivados del análisis financiero (estados contables auditados, etc.).

La difusión del mecanismo de la sociedad anónima, no sólo para la financiación de proyectos que requerían múltiples inversores a captar del público en general, sino para negocios que requerían de pocos inversores que se conectaban privadamente entre sí, dio lugar a distintos mecanismos en la legislación comparada, que en nuestro país se tradujo en la incorporación por ley posterior al Código de Comercio, de la *sociedad de responsabilidad limitada*.

d. Evolución a partir de la segunda mitad del siglo XX:

Una vez cerrado el mecanismo de evolución de los tipos que quedaron incorporados en la ley 19.550 (L.S.), a poco de su sanción se consideró necesario dar satisfacción al problema de los acuerdos celebrados por dos o más empresas organizadas cada una de ellas como *sociedades anónimas*, muchas veces con ánimo de lucro, pero que no consideraban adecuado instrumentarlos bajo este último tipo social. Tales acuerdos tenían en el art. 30 de la citada ley un obstáculo, que se intentó remover mediante la creación por la ley 22.903, de la figura de los *contratos de colaboración empresaria*: las *agrupaciones de colaboración* y las *uniones transitorias de empresas*. En esta oportunidad el legislador decidió no encuadrarlas como *sociedades*, pues declaró que no constituyen sociedades ni son sujetos de derecho. El abandono de este encuadramiento se debió más bien a la decisión de guardar coherencia con el mantenimiento de la disposición del art. 30, que les prohibía a las sociedades por acciones integrar sociedades que no fueran por acciones.

Luego, en oportunidad de la unificación de la legislación civil y comercial el legislador (ley 26.994) permitió la utilización del mecanismo de la separación patrimonial, hasta ahora limitado a la existencia de un contrato entre al menos dos personas, para la decisión de una única persona, mediante la *sociedad anónima unipersonal*. Poco tiempo después, se consideró que la forma en que esta nueva figura había sido regulada limitaba su utilización por parte de los pequeños empresarios, y se sancionó la figura de la *sociedad por acciones simplificada* (ley 27.349), que debe ser considerado un nuevo *tipo* societario, que también podrá ser constituido por *una* o *varias* personas humanas o jurídicas.

3. Sociedad, contrato, personalidad jurídica y patrimonio

Esta mutación en el mecanismo generador de *sociedades* (actos unilaterales o plurilaterales), debe entenderse en el marco de los problemas que generó compatibilizar los conceptos del título de este apartado. Por un lado, a partir de que se difundiera el uso lingüístico medieval de mencionar a las sociedades mediante un leguaje “personificador”, va a surgir con el tiempo la cuestión de cuáles activos de ésta responden por las deudas contraídas en nombre de este nuevo “ente”. En los primeros tiempos siempre estaban como instancia última de responsabilidad los activos de alguna persona humana. Cuando se difundieron los mecanismos de limitación de responsabilidad para todos los socios de una sociedad, el problema debió resolverse de otro modo. Aquí es cuando aparece el recurso de considerar que la “sociedad” es titular de un *patrimonio*, en razón de constituir ella misma una “persona” (en este caso jurídica), y por lo tanto poseedora de

todos los “atributos” de tal categoría. De ello se siguió que este “patrimonio” de la “persona jurídica” estaba sometido a todas las reglas derivadas de la teoría clásica del patrimonio, que fundamentalmente consistía en que a cada persona corresponde un solo y único patrimonio y cada patrimonio tiene un titular. Por cierto que no fue pacífico el problema de determinar si todas las sociedades debían ser consideradas “personas jurídicas”, o solo algunos de sus tipos. En correlación con ello surgió la diferenciación según los “grados” de separación entre el patrimonio de los socios y el de la sociedad: un primer “grado” cuando los bienes sociales están excluidos de la acción de los acreedores personales de los socios, y un segundo (de separación completa) cuando los acreedores de la sociedad no pueden dirigir su acción contra los bienes personales de los socios. Algunos autores prefieren decir que la separación existe o no, y que lo que se gradúa es la capacidad. La reforma de 1968 al Código Civil (art. 46) y luego la L.S. (art. 2) establecieron que todas las sociedades son “sujetos de derecho”, sin aclarar las diferencias entre esta noción y la de personalidad jurídica.

La permisión de la limitación de responsabilidad mediante el contrato de *sociedad* (generalmente *anónima*), tuvo como consecuencia restringir este recurso a la pluralidad de personas, para mantener el encuadramiento de su acto generador dentro de la categoría de los *contratos*.

Con el tiempo dejó de resultar tan claro que la pluralidad de personas constituyentes del patrimonio separado, fuera un valor agregado en defensa de los intereses de los terceros acreedores de la sociedad. Por otro lado, la rigurosidad del “principio” de la unidad del patrimonio fue cediendo: la práctica de los “grupos económicos” generalizó la constitución de sociedades diversas para las distintas explotaciones del conglomerado; y en otro orden, nuestra legislación aceptó explícitamente la posibilidad de los patrimonios de afectación, mediante la figura del fideicomiso y del dominio fiduciario y posteriormente en el art. 242 del C.C. y C.

En este contexto es que se arribó a la nueva definición de sociedad del art. 1 de la L.S., luego de la ley 26.99, que no establece que las sociedades “sean contratos”; no obstante que la tradición y la historia del concepto así lo venían considerando. Y alguna parte de la doctrina se ha planteado el problema. Por cierto, que los códigos civil y comercial incluían al acto generador de la sociedad dentro de sus respectivos capítulos de los contratos. La L.S., al regular las sociedades comerciales en un ley separada del código respectivo, no necesitó explicitar si estos instrumentos eran o no contratos, pero la definición del art. 1, al aludir a obligaciones contraídas por dos o más personas, pocas dudas dejó respecto de que implícitamente las sociedades seguían originándose en contratos. Pero el citado art. 1 ahora establece que la sociedad se originará a partir de las obligaciones asumidas por “una o más personas”. Obviamente, la sociedad

constituida por una sola persona, no se encuadra dentro del concepto de contrato del art. 957 del C.C. y C., pero sí puede considerarse este caso dentro de la noción de *declaración unilateral de voluntad* introducida por el nuevo art. 1800 C.C. y C. (Título V Libro III). Por cierto que este encuadramiento no es de mucha utilidad, en el sentido de que el artículo no establece prescripciones y que subsidiariamente se le aplican las normas relativas a los contratos.

Si bien en la nueva redacción de la L.S. no hay una definición sobre la naturaleza de la *sociedad*, su art. 2 sigue diciendo que son *sujetos de derecho*, con los alcances fijados en la ley. Y aunque este concepto no está definido en nuestra legislación, el nuevo art. 148 del C.C. y C. incluye las sociedades dentro de las personas jurídicas. Por lo que podemos decir que las sociedades son “entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” (art. 141 C.C. y C.), que tienen una personalidad diferenciada de sus miembros, y que éstos “no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén” en el Título sobre las Personas jurídicas y lo que disponga la ley especial (art. 143 C.C. y C.). O sea que el grado de separación patrimonial de la *sociedad*, dependerá del tipo correspondiente (o aún de su no inclusión en ninguno: sección IV, cap. I L.S.), y no de la calidad de *persona jurídica*. En lo que hace a las demás consecuencias normativas que ahora el legislador ha regulado para las *personas jurídicas* en su sección 3^a, no parecen tampoco relevantes, puesto que tanto las normas imperativas como las supletorias de la ley especial (L.S.) se aplicarán con preeminencia a las establecidas por el nuevo código: art. 150 C.C. y C.

4. El problema de la clasificación de las sociedades

Llegados a este punto podemos ver que las sociedades a lo largo de su evolución han sumado características jurídicas derivadas de situaciones cuyo interés ha desaparecido. Tal el caso, entre otros, de las razones que dieron lugar a solidaridad de todos los integrantes de una sociedad, aún de los no firmantes de las obligaciones; o que para que el aportante de fondos para un negocio pueda limitar su responsabilidad, deba hacerlo mediante un contrato con otra persona que asuma responsabilidad solidaria.

Pero hoy, para la familia de contratos nacidos en el derecho continental europeo bajo la denominación de *sociedad*, los problemas pasan por otro lado. Se suele prestar atención a cuestiones tales como la dimensión, en términos de activos afectados o la estructura de personal (grandes, pequeñas o medianas empresas); el origen de los capitales aportados al emprendimiento (si provienen de un grupo inversor homogéneo que no busca nuevos socios –sociedades cerra-

das— o son captadas del ahorro público —sociedades abiertas—; si tienen por objeto el desempeño de alguna actividad (sociedades “operativas”) o solamente aportar fondos para actividades a desarrollar por terceros (sociedades “holdings”); y otras por el estilo. También se consideran los acuerdos orientados al ejercicio de actividades en común entre varias personas, por un lado; y por otro a estructuras jurídicas aptas para encapsular activos afectados al cumplimiento de ciertos objetivos, por otro.

Por lo tanto, la cuestión es que el intento de dar una definición de “sociedad” única que englobe todas aquellas situaciones, sin entrar en conflicto con los conceptos relacionados considerados en el apartado anterior, ha traído dificultades. Hoy la *sociedad* ha dejado de ser siempre un contrato entre dos o más personas; es un mecanismo jurídico que puede ser utilizado también por una única persona, que puede generar un nuevo patrimonio, que no será único.

En el intento de resolver estos problemas, algunos autores han propuesto ver al conjunto de activos y pasivos como una mancomunidad (hoy diríamos una *comunidad de derechos* del art. 1.984 C.C. y C.), cuando se trata de una empresa unipersonal o un negocio entre pocas personas; o un patrimonio cuyo titular es un ente cuando se trata de una organización más compleja en la que participa un gran número de inversores.²

Otros autores se ha planteado abandonar el intento de buscar una naturaleza única a todos los supuestos y conceptualizar a la sociedad anónima como un “nexo contractual” entre una multiplicidad de relaciones jurídicas y contratos entre lo que hasta ahora se solía considerar un “ente”, y los clientes, proveedores, empleados, accionistas, acreedores financieros, el estado, etc.³ Así, en lugar de tener un sujeto de derecho realizando contratos con todos los sujetos antes mencionados, se puede “ver” solamente un “administrador” contrayendo obligaciones cuyas consecuencias se reflejarán en un conjunto de activos que habrán dejado de ser propiedad de quienes los aportaron a cambio de una participación en el resultado, o que se adquirieron gracias al crédito otorgado por proveedores o financistas. Ello, sin necesidad de recurrir al “ente” intermedio.

Este último enfoque, termina de decantar la cuestión hacia un problema de definiciones y clasificaciones: ¿qué debemos entender por *sociedad*?; ¿tenemos que encontrar una única definición de sociedad, o podemos establecer más de una?

² LE PERA, Sergio, “Sociedad y persona jurídica”, La Ley 1989-A, 1084.

³ PAOLANTONIO, Martín, “El análisis económico del derecho y la estructura societaria”, en KLUGGER Viviana (compiladora), y otros, Análisis económico del Derecho, Buenos Aires, Heliasta, 2006, p. 199 y sig., apartado 3.

5. El problema de las definiciones en Derecho

En primer lugar una definición de estas características (si es que se decide adoptar una), corresponde a lo que se conoce como definición *estipulativa*, dado que se trata de un contexto teórico en el que cada uno puede proponer el sentido que le dará a las palabras a lo largo de una exposición. En este sentido, una definición no puede ser ni verdadera ni falsa. Por otro lado, al desarrollar una teoría sobre cómo deberían estructurarse las relaciones jurídicas en torno del problema de la organización y administración de negocios, no hacemos otra cosa que establecer *clasificaciones* entre tales formas de organización y administración. Y en esta tarea de proponer distintas clasificaciones, tampoco pueden juzgarse a las categorías como verdaderas o falsas. Somos libres de proponer distintas formas de hacerlo: algunas podrán ser útiles a ciertos fines, y otras para otros, o para ninguno.

Cabe analizar entonces, desde el punto de vista de la teoría que describa este ámbito de problemas, cuál solución puede ser la más conveniente, no obstante que no debe perderse de vista que cualquier solución puede ser aceptable según algún otro punto de vista.

La forma más difundida de hacer definiciones en el ámbito jurídico es la definición por género próximo y diferencia específica. Dicho método ha funcionado adecuadamente en el marco de la teoría del acto jurídico, por ejemplo, que permite definir a cada uno de los contratos como miembros de la clase genérica de los contratos; al contrato como un acto jurídico (género) con contenido patrimonial (especie), y así sucesivamente. El límite de esta forma de definición se presenta cuando se trata de definir el género superior o “*summun genus*”, que no deja otro camino que recurrir a la analogía. Tal el caso de la polémica respecto de la naturaleza jurídica de la personalidad jurídica (género superior), sobre la que se han planteado las doctrinas irreconciliables de si debía considerarse una ficción o una realidad.

La nueva definición de *sociedad* (art. 1 L.S.) no incluye a la misma en ningún concepto superior. Y no era necesario que lo hiciera. Y el art. 2 L.S. dice que es un *sujeto de derecho*. Y si esto no nos satisface podemos seguir preguntándonos qué cosa “es” el producto resultante del *contrato* o de la *declaración unilateral de voluntad*, así como si es una única cosa o varias.

Podemos cerrar el debate diciendo que es un “nexo contractual” (o sea una pluralidad de contratos, y relaciones jurídicas, no uno ni una: nota 3), lo cual es válido. No obstante, nuestros hábitos mentales propios de los países del derecho continental europeo, nos inclinarían hacia el intento de darle respuesta a la pregunta del “qué es” la sociedad, dadas las consecuencias sistemáticas que nos proporcionan las teorías.

Esto significa que los conceptos de una teoría jurídica funcionan como “nodos” que a través de sucesivas “relaciones” se conectan entre sí para tratar de representar una determinada porción del conocimiento (en el caso el de la regulación jurídica de las relaciones económicas). Ciertos conceptos permiten explicitar relaciones –relevantes desde el punto de vista funcional– entre otros conceptos, que las corrientes relaciones jerárquicas (la de pertenencia a géneros de orden superior) no muestran.⁴

6. Conclusión

Estas reflexiones nos llevan a establecer los siguientes puntos:

No es necesario adoptar una respuesta única para la pregunta en cuestión.

No debe verse una contradicción en que la *sociedad* se origine en contratos o en actos unilaterales, puesto que si la connotación de pluralidad que tiene esta palabra en su origen, nos molesta, pues podemos sustituirla por otra cualquiera que aluda a alguna forma de separación patrimonial. O asignarle a la palabra un nuevo significado.

Estas propuestas no dependen de ninguna decisión legislativa, puesto que no tienen consecuencias normativas. Se trata de definiciones y clasificaciones, que son materia propia de la doctrina. Una propuesta de reforma legislativa que reorganice las figuras en torno a la noción de sociedad está fuera de los alcances de esta ponencia.

Desde la perspectiva de la teoría jurídica, podemos *visualizar* –en el sentido etimológico que la noción de *idea* tenía en Platón–⁵ a las sociedades desde distintos ángulos: a veces convendrá “ver” a los titulares de esos patrimonios como “entes” (*sujetos de derecho*), a veces como *comunidad de derechos*, otras como una multiplicidad de vínculos. De la misma manera en que un tablero de ajedrez puede ser visto como formado por cuadrados oscuros sobre un fondo claro, o a la inversa, como cuadrados claros sobre un fondo oscuro (ver nota 2).

⁴ BACIGALUP VÉRTIZ, Mario G. *El papel de los conceptos en la teoría jurídica: algunas aplicaciones a problemas comerciales*, en <https://www.astrea.com.ar/book/DOCTRINA0382>, § 5.

⁵ Ver nota 7, en el artículo citado de la nota 4.