

CONCEPTO DE SOCIEDAD

Efraín Hugo Richard

En Derecho Societario, dentro del sistema de Derecho Privado, es necesario considerar la tipicidad de primer grado (tipología societaria) de una supuesta relación societaria para determinar ciertos efectos, pues es secundario referirse a los tipos societarios o tipicidad de segundo grado (tipicidad societaria) ¹.



1. Tipicidad societaria

Si bien el Art. 1. de la Ley General de Sociedades –L.G.S.– norma “*Concepto. Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por 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*”, el art. 21 L.G.S. ref. Ley 26994 amplía el concepto de sociedad, excluyendo la “forma organizada conforme a uno de los tipos previstos por esta ley, que podría ser ahora también la S.A.S. –Sociedad por acciones simplificada creada por ley 27.349 Muiño, reglando “*La Sociedad que no se constituya con sujeción a los tipos del Cap. 2, que omite requisitos esenciales o que incumpla con las formalidades exigidas por esta ley, se rige por lo dispuesto por esta Sección*”.

Conforme a ello, también se modificó el art. 17 L.G.S. en relación a la atipicidad de segundo grado, eliminando la nulidad e incluyéndola en la sección 4^a.

La importancia de determinar si estamos frente a una sociedad, es que la misma constituye un sujeto de derecho conforme Art. 2 L.G.S., y persona jurídica conforme a los arts. 141 y 148 del Código Civil y Comercial –C.C. y C.–, que lo son conforme el art. 142 desde su constitución, y no desde su registración.

¹ Utilizamos la terminología que compartimos con Orlando Manuel MUIÑO en *Derecho Societario*, Astrea, 1^a Edición, Buenos Aires 1997, p. 49 y ss.

Este planteo resulta absolutamente necesario ante la pregunta sobre “si la Sección IV contiene reglas de tipo para el sujeto sociedad o un régimen sustituto para situaciones que no encajan en la normativa de los tipos particulares del Capítulo II. Esta determinación es importante porque de ella depende que la situación contemplada se considere sociedad, atento que el art. 1° condiciona la existencia de la sociedad a la circunstancia de su organización conforme a uno de los tipos previstos”². Claro que de inmediato la misma autora señala “que no se aclara a que los tipos previstos son solo los del Capítulo II, lo cual podría respaldar a la Sección IV como reguladora de tipología”, citando en apoyo de esta conclusión las opiniones de “quienes sostienen la distinción entre la tipología societaria (tipicidad de primer grado), que corresponde la figura sociedad y reviste modalidades diferenciales de otros negocios, y las notas características de cada forma de sociedad (tipicidad de segundo grado)”, teniendo a bien referir las posiciones de Orlando Manuel Muñio y nosotros.³

Pero esa personalidad se exhibirá erga omnes o de pleno derecho si estuviere inscripta, pues en caso contrario estará sujeta a prueba, tanto si la invocan socios o terceros, sea conforme el art. 22 por el conocimiento, aplicación del principio de buena fe negocial, y conforme el art. 23 in fine L.G.S. por cualquier medio de prueba.⁴

La personalidad se otorga en resguardo de terceros, conforme reflexiona la Exposición de Motivos del Anteproyecto –no modificada– generando distinción entre acreedores de los socios y acreedores sociales, pero al mismo tiempo protege inicialmente el patrimonio de los socios de las pretensiones de los acreedores sociales, conforme al 143 C.C. y C. y art. 56 L.G.S.

Caracteriza la naturaleza de la sociedad, persona jurídica, la generación de un patrimonio afectando a una actividad en común para distribuirse las utilidades y soportar las pérdidas, o sea que los socios asumen el riesgo de la funciona-

² MARSILI, María Celia, “Reflexiones sobre tipicidad societaria y las reformas introducidas a la ley 19.550 por la ley 26.694”, p. 125, esp. p. 142, en *Temas de Derecho Mercantil*, publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, diciembre 2018, electrónica.

³ RICHARD, Efraín Hugo - MUÑO, Orlando Manuel, *Derecho societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997, p. 49 y también de SPADA, Paolo *La tipicità della società*, Cedam. Padova 1974, p. 9, y de ETCHEVERRI, Raúl, *Sociedades irregulares y de hecho*, Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 140.

⁴ VÉLEZ Y ACEVEDO en el art. 401 del derogado Código Civil expresaban “Se presume que existe o ha existido sociedad siempre que alguien ejercite actos propios de sociedad, y que regularmente no hay costumbre de practicar, sin que la sociedad exista”, enumeran una serie de actos que hacen suponer la negociación promiscua o a nombre colectivo.

lidad de la persona jurídica que libremente generan. Por ello, si hay sociedad es nula toda cláusula que altere esa causa del negocio, conforme el art. 13 L.G.S., en apartado “1. Que alguno o algunos de los socios ... sean liberados de contribuir a las pérdidas”.

El interés común –que no figura en esas definiciones– no es exclusivo de la relación societaria, y se perfila en los contratos asociativos, particularmente en el negocio en participación, por eso la importancia de la conceptualización, centrándose en la causa del negocio societario, determinando la tipología de primer grado: cuando se configura una relación societaria.

No es esencial en esa configuración la explotación de una empresa, conforme la referencia que genera el art. 31 L.G.S.⁵–. Y distinguir si el objeto es civil o comercial desapareció en el año 1972, pues el requerimiento del objeto comercial se localizaba en normas del Código de Comercio derogadas en ese entonces.

La sociedad, como persona jurídica o sujeto de derecho, es todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, a través de su propia organización, o sea, un centro autogestante de derechos y obligaciones, es decir, con posibilidad –capacidad– para autogenerar derechos y obligaciones, por lo que el derecho le otorga capacidad jurídica y un tratamiento jurídico unitario. El orden jurídico reconoce a ese grupo de socios –o al socio único– que conforman la sociedad, la prerrogativa de constituir un sujeto de derecho, distinto e independiente.

Elementos esenciales son la existencia de un patrimonio atribuible a una sociedad persona jurídica identificable, normalmente el nombre pero hoy superado por la CUIT, que también determina a falta de tipicidad de segundo grado e inscripción, el domicilio y quiénes son los socios.

El concepto de persona es siempre el mismo, pese a que aparentemente la personalidad se manifiesta con efectos y modalidades diferentes. Ello deviene de la apariencia exteriorizante, pues la personalidad se radica en diversos modelos organizativos (tipos). Estos son los que tienen diversa modalidad y efectos, pudiendo ser sociedades u otros entes –art. 148 C.C. y C.–.

2. La causa final en el negocio constitutivo de sociedad

El elemento caracterizante, causal, de la libertad para generar personas jurídicas societarias es “realizar aportes para aplicarlos..., participando de los bene-

⁵ “Ninguna sociedad, excepto aquéllas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión...”.

ficios y soportando las pérdidas”. Es un elemento esencial tipificante, asegurado por normas imperativas de la ley, que motivan otra Comunicación a este Congreso y de lo que derivan efectos específicos ⁶.

La causa fin del negocio de constitución de una sociedad lo es el advenimiento de una persona jurídica para desarrollar actividad independiente. Se especifica, sin contradecir ello y conforme el art. 1° L.G.S., pues “la característica específica del contrato plurilateral de sociedad que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y en las pérdidas. Esta nota constituye la causal del contrato de sociedad o sea *la función económico-social* del negocio reconocida por el derecho... La participación en las ganancias y en las pérdidas es la función objetiva que tiene el *negocio jurídico sociedad*, y que el derecho estatuye y reconoce como tal” ⁷. Subrayamos la contundencia de esos artículos primero: “soportar las pérdidas”, no es siquiera “participar” en las pérdidas”.

Escribimos con Orlando Manuel Muiño ⁸ “c) Como causa final, que es lo que las partes esperan obtener del acto: el fin esperado es la causa de haberse obligado, causa que, por otra parte, coincide en todos los actos del mismo tipo. Así, todos los compradores persiguen el fin de convertirse en titulares del dominio de las cosas compradas. d) La misma acepción, pero vista desde el ordenamiento jurídico, denota el propósito del legislador de regular los negocios típicos para alcanzar ciertos efectos propios (p.ej., en la compraventa, el dominio de las cosas). Puede decirse que, en tanto el *tipo* se refiere a la *estructura* del negocio, la *causa* contempla el *interés* perseguido por las partes. El sujeto es libre de elegir, entre varios, el tipo de negocio más adecuado para la satisfacción de sus intereses, pero no puede perseguir el logro de finalidades ilícitas o contrarias a las buenas costumbres. La causa del contrato es objetiva y, por lo tanto, independiente de la voluntad de los contratantes. Asimismo es distinta de los *motivos* individuales que indujeron a cada uno de ellos a celebrar el negocio. Por “motivos” han de entenderse los elementos psíquicos personales que en cada caso concreto determinan la voluntad de las partes al concertar el acuerdo. Estos motivos, en principio, carecen de relevancia jurídica.

⁶ Ntro. “Configuración de un derecho societario de crisis” para *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*, Libro V, coordinador Camilo Martínez Blanco, Universidad de Montevideo Facultad de Derecho, Montevideo, 2018, ps. 21 a 50

⁷ COLOMBRES, Gervasio R., *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1972, p. 56.

⁸ *Derecho societario*, Astrea, Buenos Aires, 1ª edición 1997, p.133 y ss., donde también pueden verse otras notas.

De manera que, con Colombres –en el libro referido–, podríamos afirmar que la característica específica del negocio societario, que lo distingue netamente de los demás esquemas jurídicos, es la participación en las ganancias y pérdidas. Esta nota constituye la causa de la sociedad, o sea, “la función práctico-social del negocio reconocida por el derecho”. La participación en las ganancias y las pérdidas es la función objetiva que el “negocio jurídico sociedad” tiene, y que el derecho como tal estatuye y reconoce. El desvío de la causa determina la sanción de nulidad del art. 13.

En el caso típico esas utilidades no se lograrán individualmente, sino en virtud de la actuación preordenada de un ente. Y esa preordenación es a través del objeto del ente.

Nos referimos al objeto social como la actividad o actividades para cuya realización la sociedad se constituye, lo que permite distinguirlo del fin social o fin de los socios, que puede ser la obtención del lucro. Pero, al hablar del objeto social surge inescindible lo “social” como perteneciente a un sujeto distinto al de las personas individuales o jurídicas que conciben la “sociedad”. Como fin inmediato de las partes aparece entonces un fin estructural, esto es, concebir un nuevo sujeto de derecho para el cumplimiento de la finalidad común a nombre común: el objeto social.

El objeto social, como elemento causal, delimita (imputa) así los actos y negocios que puede realizar la sociedad, las facultades de sus administradores, el criterio para juzgar sus actos en orden a la inversión de su patrimonio.

Las múltiples “finalidades” de los socios se objetivan así en dos datos causales finalísticos, uno estructural, organizarse en un ente personificado, y otro funcional, el objeto que ciñe la actividad a desarrollar en común por medio del ente constituido, que permitirá obtener la causa mediata y posible participación en las utilidades, bajo el riesgo de soportar las pérdidas. Ninguna de las dos causas (la inmediata y la mediata) puede ser desconocida. Ni la pretensión de la utilidad puede hacer sucumbir la causa de cumplimiento del objeto social, ni el perfeccionamiento del cumplimiento del objeto social puede impedir el goce de utilidades existentes.

La causa en el contrato de sociedad, desde el punto de vista objetivo, es la constitución, por los exteriorizantes de la voluntad negocial, de una nueva persona jurídica por medio de cuya actuación se obtengan utilidades, soportando el riesgo o pérdidas, por lo que el objeto de ese contrato son las prestaciones que, escindiéndose del patrimonio del socio, constituyen el patrimonio del nuevo sujeto de derecho, en virtud de una causa subjetiva exteriorizada, cual es el cumplimiento del objeto social, como dato del negocio constitutivo.

3. La construcción normativa: tipicidad de primer grado

Soportar las pérdidas que genere la nueva persona jurídica es parte de la tipicidad de la sociedad. No se configuraría una sociedad si los constituyentes decidieran que no van a soportar las pérdidas. Estaremos frente a un particular negocio participativo, pero no frente a una sociedad.

Congruente con ello los arts. 11 ap. 7 L.G.S. dispone “Las reglas para distribuir las utilidades y soportar las pérdidas. En caso de silencio, será en proporción de los aportes. Si se prevé sólo la forma de distribución de utilidades, se aplicará para soportar las pérdidas y viceversa 8. Las cláusulas necesarias para que puedan establecerse con precisión los derechos y obligaciones de los socios entre sí y respecto de terceros; 9 Las cláusulas atinentes al funcionamiento, disolución y liquidación de la sociedad”.

Conforme a esa estructuración normativa el art. 13 L.G.S., ya comentado, regula la estipulación nula de liberación “de contribuir a las pérdidas”.

Esa regulación en torno a la soportación de las pérdidas establece como causal de disolución la pérdida del capital social –art. 94.5 L.G.S.–, la forma de recomponer el patrimonio –art. 96 L.G.S.– y en el marco de normas imperativas –que son motivo de otra comunicación–, tendientes a asegurar que no se dañará a terceros con la generación de la sociedad persona jurídica, el art. 99 L.G.S. señala la responsabilidad de los administradores, obvio en caso de déficit patrimonial, “respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos”.

Parece fundamental la reflexión conclusiva que el riesgo de insolvencia es de los acreedores en el caso de crisis de persona humana y es de los socios en el caso de crisis de persona jurídica –informe Winter–. Ello tal como lo indica el artículo primero de las leyes de sociedades argentina –y de otras legislaciones del derecho comparado: “soportar las pérdidas” es a cargo de los socios, y normas imperativas posteriores y congruentes se enderezan a ello.

A su vez “participando en los beneficios”, importa un derecho en expectativa a las utilidades líquidas y realizadas que genere la actividad societaria, determinada en sus estados contables, y que no pueda ser razonablemente retenida para cubrir necesidades de la sociedad, particularmente por la generación de reservas facultativas, conforme explicita e informe el órgano de administración al órgano de gobierno ⁹.

⁹ Sobre ese derecho puede verse FUSHIMI, Jorge Fernando - RICHARD, Efraín Hugo, “Resultados no asignados en la Ley de Sociedades” publicado en La Ley 2010-B-p. 839.

La retención de beneficios o dividendos podrá ser objetada sino se cumplen ciertos requisitos, intentar que la pérdida no sea asumida por socios sería de nulidad absoluta si la intentara la sociedad o los socios, y un fraude a la ley societaria si lo quisiera imponer un juez ¹⁰.

¹⁰ Art. 52 4 Ley 24522 conforme artículo sustituido por el art. 17 de la ley 25.589, B.O. 16.5.2002. “En ningún caso el juez homologará una propuesta abusiva o en fraude a la ley”.