

EL NUEVO CONCEPTO DE SOCIEDAD

Carlos H. Gigena Sasia
Marcelo A. Saleme Murad

“El rigor o la rigidez de los juristas dogmáticos al querer tratar de atribuir al derecho un esquema similar a un trozo de mármol, es nada más que una impostura. Cuando el derecho es ante todo algo flexible, como siempre tiene que ser el intento, constante y cotidiano, de alcanzar una justicia adecuada en cada momento al tema analizado, por lo cual ha de ser a veces sinuoso y a veces vacilante”

JEAN CARBONNIER
“Derecho Flexible”

1. Existe un nuevo concepto de Sociedad, inspirado fundamentalmente en el aspecto económico y funcional de la misma.
2. Dicho concepto no está aislado, sino que impone a su vez la recreación de conceptos afines, relegando a un segundo plano los conceptos civilistas.
3. Existe un nuevo sujeto del Derecho Comercial: el Empresario, cuyo ROL debe ser perfectamente definido.
4. La importancia creciente de las Sociedades en la vida de las naciones ha puesto en crisis el marco privado de las normas que la regulan.
5. Se impone un nuevo jurista para operar la nueva sociedad: el Jurista de Negocios.

1. SOCIEDAD Y EMPRESA: LA SOCIEDAD COMO CONCEPTO ECONOMICO

Hablar de Sociedad y de Empresa en el Derecho Moderno es, sin lugar a dudas, una tautología.

Parafraseando a Guyenot ⁽¹⁾ *"la empresa es la que está en el centro de la reforma ... y el derecho de sociedades está concebido como el revestimiento jurídico de la empresa..."*.

Considerar a la Sociedad, o lo que es lo mismo, a la Empresa en funcionamiento, es considerar su función económica. El citado Jean Guyenot, también afirmó que *"la noción de empresa aparece manifiestamente como el fundamento del derecho comercial moderno, inseparable de los supuestos económicos que rigen su evolución ..."*.

Como sostuvo el gran maestro Tulio Ascarelli ⁽²⁾ solamente el entender la función económica de las sociedades podrá ayudarnos a comprender en todo su alcance los problemas que se nos presentan al analizarlas.

Reiterando las palabras del gran maestro, decimos que *"... el jurista ha de recordar que el elemento jurídicamente decisivo está, sin embargo, constituido por la estructura jurídica formal, y no debe ignorar, ni en su cualidad de legislador, ni en su cualidad de intérprete, el lado funcional y económico de los institutos jurídicos estudiados por él"*.

Esta es la esencia de nuestra propuesta.

2. LA IMPOSICION DEL CAMBIO

A nadie escapa ya que la Empresa, pilar del sistema de vida Occidental ha dejado de ver - sí alguna vez lo fue- una célula aislada.

Así pues, tanto ella cuanto la ciencia jurídica que la estudia han abandonado su carácter exclusivamente privado para ocupar un lugar en la materia del Orden Público.

El impacto de la Sociedad como herramienta y factor de aglutinamiento de capitales, organización del trabajo, atribución de responsabilidades, etc., se hace sentir en todos los ámbitos del Estado y de la Nación: desde el Producto Bruto Interno hasta las consecuencias ecológicas del desarrollo industrial.

Ello produce sin lugar a dudas, que la Empresa cobre un lugar preponderante en las comunidades, y por ende su papel en ellas es cada vez mas importante.

A su vez, la Empresa se encuentra en permanente cambio. No puede por tanto ser ajeno a ese devenir quien pretenda regular su vida, es decir, el Derecho.

Sin embargo, nos encontramos con gran cantidad de lagunas jurídicas en la

(1) JEAN GUYENOT: "El nuevo derecho de sociedades", La Ley, T. 136, 1969, pág. 1453.

(2) TULLIO ASCARELLI: "Sociedades y Asociaciones Comerciales, Capitulo I: Función Económica de las Sociedades Comerciales)

regulación de la vida económica de las empresas; lagunas que no son patrimonio exclusivo del Ordenamiento Jurídico Nacional, sino que son compartidas, en mayor o menor medida, por otros Derechos del mundo.

El crecimiento económico de nuestro país en estos momentos requiere de estructuras jurídicas adecuadas para que sus benéficos efectos no se dispersen, sino que, armónicamente integrados, perfilen el verdadero desarrollo de la Nación en todos sus aspectos.

Esta consideración excede el marco privado. Requiere un encuadramiento que otorgue a las normas específicas un rol mas eficiente, sin por ello coartar la autonomía de la voluntad.

3. NUEVOS REQUERIMIENTOS: EL JURISTA DE NEGOCIOS - EL ROL DEL EMPRESARIO

La Empresa, substrato de la Sociedad, no admite que se la siga mirando como en el Siglo XIX.

El sujeto del Código de Comercio, el Comerciante, ha sido desplazado por el Empresario, cambio que no sólo lo es de nomenclatura, sino de estructura en el Derecho Comercial.

El empresario utiliza una organización; el comerciante actúa individualmente.

El empresario crea permanentemente nuevas formas de contratación; el comerciante convive con la vieja clasificación civilista de contratos nominados.

El empresario asume la dirección, orientación y coordinación de grandes capitales, cobrando un papel dominante en la escena de la vida nacional; el comerciante vive en el marco de lo privado.

Sin embargo, estas y otras diferencias son desconocidas por los conceptos del Derecho que hoy manejamos:

Las normas que regulaban la actividad del comerciante se han transferido al empresario casi sin cambios. Ello deviene en la necesidad de adecuar hoy la legislación y la doctrina a las nuevas circunstancias.

El Derecho Comercial ha cambiado de sujeto.

Y este nuevo sujeto tiene su propio rol.

Así lo hemos sostenido en todos los ámbitos en que nos es dado actuar, como en el Congreso de Derecho Comercial llevado a cabo en Bs.As., en 1990⁽³⁾.

(3) CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO COMERCIAL: Comisión II: "Empresa y Sociedad". Ponencia: "Deberes de los administradores de Sociedades comerciales. Acto de Administración societaria. Reformulación de la doctrina del Órgano", Dres. Gigena Sasía y Saleme Murad; Bs.As., Septiembre 1990.

El nuevo rol del empresario afecta a todo el Derecho de Sociedades. Sostenemos que dicho papel debe estar perfectamente delimitado, a fin de conocer con exactitud qué debe hacer y cómo debe obrar el Empresario, elemento subjetivo del Organo de Administración Societario.

El rol del empresario es fundamental a la hora de definir el nuevo concepto de Sociedades en el Derecho Moderno.

Pero las implicancias de ese nuevo concepto no acaban en el Empresario. Se extienden también hacia sus colaboradores y sus asesores.

Es por ello que propugnamos el surgimiento de un nuevo operador para la nueva Sociedad: el *jurista de negocios*.

Acordes con el acápite de esta ponencia, afirmamos que el nuevo *jurista de negocios* no puede ser jamás un puro *dogmático*, aferrado irracionalmente a los viejos moldes, ajeno a los cambios que la Economía produce por doquier a su alrededor. Todo por el contrario, dicho jurista debe ser por excelencia *dinámico, creador, innovador*. (Al respecto, los autores se remiten al artículo publicado por "La Voz del Interior" de los Dres. Carlos Gigena Sasía y María C. Gigena de Coppari, con fecha 15 de Octubre de 1989, titulado precisamente "El Jurista de Negocios").

Pero estas características, que hoy sonarán novedosas para algunos, deben ser comunes a todos los societaristas, y en general, a los comercialistas; puesto que ya Siburu ⁽⁴⁾ en 1933 afirmaba:

"... Otro carácter del Derecho Comercial digno de señalarse es el de ser progresivo, es decir, que constantemente tiende a perfeccionarse y adaptarse al movimiento económico que regla... Si tal derecho se compara con el Civil, se nota en seguida su movilidad progresiva... El Derecho Comercial es todo vida y todo novedad; empotrado antiguamente en las normas estrechas del Derecho Civil, rompe sus ligaduras y crea sus costumbres y usos, no sospechados antes, a pesar de la tradición romana y las vallas canónicas; hace por fin códigos especiales, sigue de cerca el movimiento económico, y para responder a él exige diariamente reformas e instituciones nuevas... por eso el Derecho Comercial avanza y el Civil se detiene: aquel mira al porvenir y este contempla en éxtasis el pasado".

Por ello no nos parece adecuado aplicar sin más, irrestrictamente, las categorías, divisiones, clasificaciones y analogías del Derecho Civil al Derecho Societario. Ello, sin embargo, no obsta al reconocimiento de nuestro Derecho madre.

Ya hemos señalado anteriormente que muchos de los conceptos civilistas no son aplicables, por su insuficiencia, al ámbito societario.

Hemos sostenido que el concepto de Acto de Administración es

(4) SIBURU, Juan B.: "Comentario del Código de Comercio Argentino", 3a. Ed. Valerio Abeledo Editor, Bs.As., 1933, T. I, pág. 77)

sustancialmente diverso en el Derecho Civil y en el Derecho Societario.

Sostenemos también que muchos conceptos propios del Derecho de Sociedades distan de conceptos del Derecho Civil, aunque su nombre haga que parezcan idénticos. Nos referimos al concepto de Propiedad, al concepto de riesgo, al concepto de Acto infructuoso, al concepto del Buen Hombre de Negocios, y muchos otros que no desarrollaremos aquí, ya que merecen otro marco.

4. DERECHO PUBLICO Y PRIVADO

Tal como hemos afirmado, la importancia que ha cobrado la Empresa en la vida de las naciones, ha hecho que la calidad de privado del derecho que las rige, entre en crisis.

El impacto de las Sociedades en la Economía, y por tanto en el Orden Económico General, ha provocado diversas reacciones, tales como la de creación de un Derecho Económico, tribunales especiales, organismos públicos encargados de la vigilancia de las empresas; leyes regulatorias de la actividad productiva que son de orden público, etc..

Sorprenderá también el hecho de que ya se encuentra en el espíritu de la legislación vigente de nuestro país ese nuevo carácter de la legislación societaria. Qué otra explicación cabe, si no, para el hecho de que la acción penal de Administración Fraudulenta consagrada en el art. 173 inc. 7 del Código Penal es una Acción Pública Promovible de Oficio. Ello refleja que el Bien Jurídico Tutelado por la norma no es la propiedad privada, sino el Orden Económico General, al que se afecta con los ilícitos societarios.

Las nuevas corrientes doctrinarias, que proponen una Sociedad Unipersonal (terminología que desaprobamos), hablan a las claras de la influencia que vuelve a ejercer la doctrina Institucionalista, cuya propuesta incluye a las Sociedades dentro del Derecho Público.

En síntesis, el concepto de Sociedad que dicta la realidad es distinto del que manejan los juristas hasta ahora.

5. REFLEXIONES FINALES

Sostuvo el gran filósofo griego Aristóteles, que "*primero es el hecho y después el Derecho*". Una vez más se cumple su aserto.

La realidad *ya ha creado* la nueva empresa, pero el Derecho todavía sigue utilizando los cánones del Siglo XIX para interpretarla.

Para poder seguir siendo aplicable, es imprescindible que el Derecho capte las nuevas funciones e incumbencias de la Empresa, a fin de pasar a ser protagonista

activo y no un espectador impotente en la vida de las mismas.

“El Derecho de Sociedades será completamente refundido y renovado, pues el legislador lo considera como una técnica de organización de la empresa y de concentración del poder económico”, afirma Guyenot.

El famoso recurso técnico de la Ley, tal como define a la Sociedad la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades 19.550⁽⁵⁾, debe ser pues una técnica al servicio de la evolución económica de las empresas y del país.

El concepto de Sociedad es un concepto económico y jurídico. No es correcto sostener solamente uno de sus aspectos.

“Lo económico y lo jurídico, como que son caracteres de un mismo principio, lo social, no pueden disgregarse en la ley sin que se desnaturalice el hecho legislado: deben, por el contrario, entrar a formarla en la misma proporción, si fuere posible, que entran en el fenómeno del que son parte. Así lo han reconocido escritores distinguido que han concentrado sus esfuerzos para demostrar la íntima alianza del Derecho y de la Economía Política”⁽⁶⁾.

Este nuevo concepto deberá ser captado y consagrado por los Juristas, só pena de quedar completamente excluidos de la vida económica del país.

Tal como dijo Alvin Toffler⁽⁷⁾: “*Se está formando una nueva civilización. Pero ¿dónde encajamos nosotros en ella?*”.

Ese es nuestro desafío.

(5) LEY DE SOCIEDADES: Exposición de Motivos, Cap. I, Secc. I, parágrafo 2.

(6) SIBURU, JUAN: Ob. Cit, pág. 15.

(7) ALVIN TOFFLER: “La Tercera Ola”, Ed. Plaza y Janes S.A., España 1980).