

CONCEPTO MODERNO DE SOCIEDAD

Efraín Hugo Richard

Sociedad se identifica en nuestro derecho con persona jurídica, debiendo distinguirse claramente del negocio que le da origen que puede o no ser contractual.

Otras relaciones contractuales que genéricamente se denominan con la locución *sociedad* deben ser debidamente identificadas para determinar sus efectos.

Hace algunos años insistimos en la coincidencia de ciertos aspectos conceptuales, clasificatorios o terminológicos, como medio indispensable para afrontar una legislación moderna. No nos atamos a ningún preconcepto y siempre sugerimos nuestras concepciones, clasificaciones o términos como aporte de servicio a un grupo de trabajo, como lo es el de este Congreso, en la convivencia que compartiremos:

Como punto de partida, a la par de otras ponencias, centramos la atención en el concepto de sociedad, como base de un acuerdo indispensable para el análisis, distinguiendo la sociedad-contrato de la sociedad-sujeto ⁽¹⁾. Esa distinción puede hacerse en forma meramente conceptual o incorporando terminología específica que permita percibirlos diferencialmente. Dejamos de lado si la concepción de una nueva persona jurídica debe vincularse necesariamente a una hacienda comercial operativa ⁽²⁾, como así también el grado de la autonomía de la voluntad para configurar la organización, soluciones que se corresponden no ya a un sistema más general -como el motivo de la ponencia-, sino a particularidades de la decisión de política legislativa ⁽³⁾.

(1) Nos limitamos a un concepto dual. El tema puede aún complejizarse más, cfr. Francisco Vincent Chuliá "Introducción al derecho mercantil" 4a. ed. Barcelona 1991 p. 89 "La sociedad es al mismo tiempo un contrato, una forma legal típica de agrupación voluntaria de personas y una forma jurídica de empresa".

(2) cfr. Isaac Halperín "El concepto de sociedad en el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales" RDCO año 2 p. 265 y ss..

(3) Al tema de la libertad para configurar la organización nos referiremos en otra ponencia conjunta con Soledad Richard.

I - COMENTARIOS LIMINARES. LA SEPARACIÓN PATRIMONIAL: LA PERSONALIDAD JURIDICA.

1. La doctrina jurídica pone énfasis en el concepto dogmático de sociedad, con criterios más o menos genéricos, tratando de captar su fenomenología, mientras el sistema normativo intenta regular los tipos societarios o contractuales como respuesta a los agentes económicos; atendiendo a configuraciones de centros imputativos de derecho de diversa categoría, conforme esos requerimientos.

En una visión del sistema de la organización de la empresa, se hace necesario referirse al concepto de sociedad, no sólo desde el punto de vista doctrinario sino el recogido por el sistema normativo, intentando apreciar las bases del sistema, para arribar a la consideración de las relaciones llamadas *asociativas*.

En materia societaria se habla de un concepto de sociedad amplio -que engloba diversas figuras- y otro estricto.

2. El último corresponde al actual sistema normativo argentino, y el primero al pergeñado por la vetada ley de unificación de la legislación civil y comercial (en adelante el Proyecto). Esa es la razón por lo que el sistema actual determina que la relación societaria siempre genera la concepción de la personalidad, y en cambio el Proyecto lo deja a la modalidad de la relación societaria que se conciba.

Correlativamente con ello, en un sistema amplio -como el del Proyecto de Unificación- se engloba dentro de los contratos asociativos -personificantes o no-, los contratos de colaboración -los regulados no personificados⁽⁴⁾- y otras relaciones. En cambio en el sistema normativo actual, se tipifica claramente contratos no societarios normados como contratos de colaboración (agrupamiento y u.t.e), quedando en la nebulosa normativa la llamada *sociedad en participación* que, a nuestro entender escapa a la subespecie del contrato constitutivo de *sociedad*, pero queda englobada dentro de los contratos participativos, forma de los contratos de colaboración⁽⁵⁾.

Podemos reconocer el sistema argentino, señalando que el legislador determinó que la sociedad, tanto la civil como la comercial, es siempre persona jurídica⁽⁶⁾. Y que el legislador consideró dentro del género de contratos de colaboración a los contratos de colaboración empresaria y uniones transitorias de empresa⁽⁷⁾.

(4) En el D. Argentino y parcialmente en el D. Uruguayo.

(5) Sobre el tema remitimos a la ponencia conjunta con Claudio García "Contratos de colaboración y asociativos. Clasificación y efectos".

(6) Arts. 33 Código Civil.

(7) Ley 22903.

II - TIPOS DE SOCIEDAD Y TIPOS DE CONTRATOS DE COLABORACION EN LA LEGISLACION ARGENTINA

El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial permitió avizorar la multiplicidad de relaciones de agrupamiento, colaboración, organización, comunidad, interés común, que podrían quedar englobadas dentro de los llamados *contratos asociativos*, con el carácter ambiguo que hemos señalado ⁽⁸⁾, que se corresponde con un criterio amplísimo del término *asociación*.

Una noción menos amplia de las *asociaciones* comprende a la sociedad, la sociedad en participación y todas las figuras indicadas por el legislador genéricamente como *asociaciones* ⁽⁹⁾.

Otra noción aún más restringida debe vincularse a la del legislador, que centra en el Código Civil la figura de las asociaciones como distinta a la fundación, y las sociedades, tanto civiles y comerciales. Dentro del género de la asociación definida por el Código Civil, encontramos dos especies cual son la asociación propiamente dicha y las sociedades. Esta noción más restringida coincide con aquella a la que el legislador argentino atribuye personalidad jurídica.

El concepto de sociedad varía, como hemos señalado, y el legislador frente a la dificultad de que quedara o no encerrada una relación societaria dentro del *concepto* de sociedad, optó por la determinación de *tipos sociales* ⁽¹⁰⁾. La tipología puede considerarse por una parte como el reconocimiento de esa dificultad y por la otra como el elemento de *seguridad jurídica* para que, respecto de terceros no se dude de la existencia de una relación societaria.

Los tipos societarios, número clausus de figuras disponibles para generar el fenómeno de la concepción, son conceptualizados como un límite a la autonomía

(8) Cfme. trabajos citados en nota anterior. Cámara al referirse a nuestro libro (RDCO año 21 p. 487) expresa la síntesis de nuestro pensamiento como puede recibirse externamente, en orden a la regulación de los contratos asociativos en el Proyecto: "...los contratos asociativos reglados como género, sin disciplina especial, ya que -como se sostiene- en sí mismo no tiene prácticamente regulación, el título 7, inclusive por la remisión de las asociaciones queda subsumido prácticamente en el capítulo 3, "De la sociedad", arquetipo de los contratos plurilaterales, comunidad de derechos y de toda asociación, sin personalidad jurídica, tema librado a la jurisprudencia e interpretación de los autores, como explica Richard". En nota, Cámara expresa que "La personalidad jurídica se generará, dice Richard, cuando exista patrimonio de la sociedad o en mano común, exteriorizándose la sociedad como tal en el mundo jurídico, generándose débitos imputables a la sociedad".

(9) Esta es la posición de la doctrina en general. cfr. Giuseppe Peregrino "Il fallimento dei gruppi associativi", Padova 1986, p. 12.

(10) No obstante lo cual dejó un campo residual de sociedades irregulares, incluyendo las de hecho -comerciales y civiles-, siempre sujetos de derecho. No cabe duda que la sociedad civil constituye un tipo más de las figuras personificadas dentro de nuestro derecho.

de la voluntad en materia asociativa ⁽¹¹⁾, pero al mismo tiempo importan una seguridad jurídica, particularmente para terceros.

Sin perjuicio de estimar que esos tipos permiten una amplia libertad para la configuración de su organización jurídica y económica, esa limitación no debe transferirse a otros contratos, respecto de los cuales rige el principio de la libertad contractual, incluso para generar nuevos contratos sin siquiera tipicidad social. Frente a los de colaboración, y siguiendo el criterio normativo, encontramos en nuestra legislación dos contratos de colaboración: el de agrupamiento y el de unión transitoria de empresas. No tenemos dudas que esos contratos no limitan la autonomía de la voluntad para concebir otros.

III - CONCEPTO AMPLIO O ESTRICTO DE SOCIEDAD.

Dentro del mundo jurídico, y congruente con la expresión *asociación*, existe también un concepto amplio y otro restringido de sociedad. En general nos movemos dentro del segundo, que ha sido la nota de análisis común del sistema societario tanto contenido en el derecho civil como en el derecho comercial argentino. La sociedad en cuanto exteriorizada configuraba un centro imputativo, habiéndose generado una sólida doctrina con el más avanzado concepto de autonomía de la voluntad para generar figuras corporativas. La autonomía de la voluntad era total para generar nuevos centros imputativos a partir del contrato de sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad que asumían los contratantes ante terceros por el riesgo creado, responsabilidad que sólo podía limitarse con el ajuste estricto a la normativa legal que regulaba esos efectos limitativos: ajustarse estrictamente a lo dispuesto para determinadas sociedades y efectivizar la publicidad legal.

La noción de contrato de sociedad ⁽¹²⁾, o de agrupación de personas, o sea el elemento subjetivo múltiple en la gestación de un nuevo sujeto de derecho, ha

(11) cfr. Luis Fernández de la Gandara "La atipicidad en derecho de sociedades", Zaragoza, p. 213 y ss.. Cfr. nro. "Sociedad y contratos Asociativos" cit. p. 83. Cfme. ntra. ponencia en Jornadas de Derecho Societario, Concursal y Bancario de San Juan, 1991.

(12) Zanelli, Enrico "La nozione di oggetto sociale", Milano 1962, cit. por Fontanarrosa ob. cit. t. II nota 63: "La verdad es que la sociedad puede ser un contrato; más aún, se puede llegar a precisar que, en el sistema legislativo, ella debe ser un contrato; pero no debe ser un contrato (o bien, no es necesario que lo sea) bajo el aspecto de su esencia estructural y funcional, como noción sociológica y dato jurídico puro; la contractual es una forma posible y, legislativamente, hasta una forma necesaria, dentro de ciertos límites y según ciertas interpretaciones; pero la necesidad en este caso es mero producto de una sobreestructura jurídica; es (si puede expresarse así) una necesidad inesencial que se plantea como ficción y que no penetra en la substancia de la institución, y sobre todo, no la califica conceptualmente".

sufrido una profunda alteración con la aceptación de la sociedad de un solo socio, receptada en nuestro país con las Sociedades del Estado ⁽¹³⁾, la escisión, la sociedad devenida de un solo socio, con importante recepción en el derecho comparado (España admite la S.A. de un solo socio, y la sociedad de responsabilidad limitada unipersonal receptada en Alemania, Suiza, Austria, Checoslovaquia, Lichstentein, siendo lícitas en el derecho inglés para las Public y las private company ⁽¹⁴⁾).

El lucro no es un elemento definidor, pues se acepta la constitución de sociedades profesionales, no siendo un requisito de existencia ni en el derecho inglés, ni para las corporations del derecho americano ⁽¹⁵⁾, como lo es la asociación bajo forma de sociedad prevista por el art. 3 de la ley argentina de sociedades.

La aportación en cosas o dinero no es un requisito esencial, pues podría existir una sociedad donde sólo se hubiera comprometido el trabajo o los esfuerzos.

La existencia de un fondo de comercio operativo o de una empresa no es un requisito para la constitución de la sociedad ni para el nacimiento de la personalidad, receptándose la constitución de sociedades de mera administración, o de cómodo, y en el extranjero de la *one dollar corporation*.

Tampoco es un elemento definidor la publicidad.

El elemento que perfila mejor la existencia de una sociedad es el de organización, por lo menos en la sociedad exteriorizada, pero esa organización puede ser casi imperceptible.

La sociedad estará caracterizada por la actividad en común, exteriorizada, con finalidad común, con participación en las pérdidas y las utilidades, en el caso de haber sido elegida en un negocio contractual. No bastará una mera participación que sólo caracterizará un negocio participativo o parciario, que no configura una sociedad. Quizá el elemento que determine la tipicidad de la relación societaria - cuando son dos o más personas- es el ejercicio del contralor -no del control de gobierno-, de un contralor más allá de una simple vigilancia, concretado en la posibilidad de intervenir o interferir en la decisión.

Dentro de la concepción actual de la sociedad en el derecho argentino, además de ser considerado el típico negocio plurilateral, se configura como sustracto de organización, al elegir como medio técnico una relación personificante, es decir una relación que importa comunidad de fin y órganos para su funcionamiento ⁽¹⁶⁾, con lo que queda abierto a los que se autorice y quieran incorporarse para

(13) ley 20705.

(14) Sola Cañizares, "La sociedad en participación" p. 14 y ss..

(15) El fin lucrativo, no parece entonces indispensable en la noción jurídica, correspondiendo a una decisión de política legislativa, ya alejada de nuestro sistema, tanto por las disposiciones del Código Civil como por el art.3 de la ley de sociedades.

(16) Auletta "Il contratto di società commerciale", Milan 1937 p.37.

la consecución de ese fin, subsumiendo sus diferentes intenciones e intereses.

Quizá al concepto estricto es el que nos es más fácil de comprender por nuestra formación y los antecedentes normativos que aún reglan la materia. Particularmente por la identificación de la relación sociedad-persona jurídica. La misma aleja de la noción de contrato o del negocio de génesis, para centrar la atención en el resultado o causa fin objetiva del negocio: la personificación, que implica un grado de institucionalización jurídica⁽¹⁷⁾.

En cambio es más difícil de establecer el concepto amplio de la relación asociativa, no sólo para fijarla normativamente, sino para adoptar una decisión de política legislativa.

Dentro de ese criterio estricto de sociedad, la misma podría caracterizarse por los siguientes elementos:

1. la manifestación externa
2. la constitución de un patrimonio autogestante (personalidad)
3. la durabilidad
4. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación.

Pero por encima de este concepto, que de por sí puede ser globalizante de todos los tipos⁽¹⁸⁾ e inclusive constituirse en un tipo o forma residual, suele situarse otra concepción, base de ciertas formas elementales y genéricamente societarias.

Esa concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que podrían concretarse como :

1. fin común, autónomo u objeto de la constitución.
2. actividad negocial u origen negocial, no legislativo⁽¹⁹⁾.

Se incluyen así también fines no económicos y meramente de goce, resultando de ese concepto -de origen germánico- que el fin económico corresponde exclusivamente a la sociedad y el fin no lucrativo para la asociación.

El nudo funcional, o de fin común, o carácter común del objeto social aparece como fundamental.

Las cosas en común no aparecen como un elemento de la esencia de esta concepción de sociedad, sino cuando es indispensable para alcanzar el objeto común. Por ello es posible una relación asociativa donde los socios sólo comprometan su trabajo personal para alcanzar el fin social, que podrá ser requerido directamente por el otro socio, sin necesidad que lo reclame la sociedad (su

(17) Rodrigo Uría "Derecho Mercantil" Madrid 1958 p. 99.

(18) El concepto de personalidad jurídica debe ser distinguido del de tipicidad del sujeto o contrato. Cfr. Paolo Spada "La tipicità delle società".

(19) cfr. nto. "Sociedad y contratos asociativos" cit. pag. 124.

patrimonio, el nuevo centro imputativo).

Con ese mismo principio, la ocasionalidad de la relación asociativa no la desluce, y se encuentra comprendida dentro del esquema presentado por el legislador suizo, no constituyendo un tipo en si mismo.

En ese punto se encontrarán los contratos participativos y parciarios, que algunos involucran como asociativos. El tema ya habrá sido considerado directa o indirectamente en otra ponencia que presentamos ⁽²⁰⁾.

IV - LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD O DE ELECCION DE ESE MEDIO TECNICO.

La misma ha dado lugar, en la moderna doctrina, a graves controversias ⁽²¹⁾. Pero no ingresaremos a esta cuestión, al considerar a la sociedad como un recurso técnico personificado, y al acto de elección de ese medio no necesariamente un contrato, pues su configuración puede ser un negocio unilateral cerrado (sociedad del Estado), o un negocio unilateral colegial (escisión) o bi-plurilateral abierto (Sociedad Anónima o de Responsabilidad limitada constituida por un único sujeto).

El acto de concepción configura indudablemente el tipo societario elegido (tipología de segundo grado) y las relaciones de organización internas.

El sistema del *tipo* de la sociedad, implica que el legislador afirmó el principio de seguridad jurídica, por el cual cuando las partes configuran una relación comercial bajo la denominación de una sociedad individualizada, generan indudablemente una persona jurídica -aun en el período formativo y eventualmente irregular (o de hecho)- en resguardo de los terceros que se vinculan a la misma.

V - COLOFON

La sociedad es un medio técnico jurídico de organización, personalizado por decisión de política jurídica en nuestro sistema, elegible por la voluntad estatal o privada por un acto constitutivo (unilateral o plurilateral) ⁽²²⁾.

La sociedad en nuestro régimen jurídico no es un contrato sino una persona

(20) Nos referimos a la compartida con Claudio García sobre "Contratos de colaboración y asociativos: Clasificación y efectos"

(21) cfr. Renzo Bolaffi "La società semplici" p.112

(22) Ese medio técnico puede ser usado por ley, decreto u ordenanza, para organización empresarial del Estado en sus varias formas, o por negocio unilateral -escisión societaria u organización del Estado-, o contractual -la forma más empleada- o testamentario o por imposición del cónyuge superviviente -variables del art. 28 LS para protección de la empresa familiar-. Rodrigo Uría "Derecho Mercantil" Madrid 1958 p.98.

jurídica, que nace normalmente -no esencialmente- por medio de un contrato en el que los constituyentes de una empresa eligen ese medio técnico para su estabilidad y organización.

En la sociedad en sentido estricto concurren los problemas y las normas de los contratos, con los problemas y las normas de la persona jurídica, de manera que es necesario distinguir -como enseñaba Ascarelli⁽²³⁾- cuándo se debe partir del punto de vista del contrato y cuándo del de la persona jurídica, pero en la evolución transcurrida es fundamental distinguir la sociedad en sentido estricto, como recurso técnico personificante, generada aún por un acto unilateral, del viejo concepto de la sociedad en sentido lato, vinculada siempre a una relación contractual de tipo participativo -contratos de colaboración- del que no necesariamente nace un sujeto de derecho.

Elegida plurilateralmente implica una relación objetiva o sea una finalidad común objetiva de medio empleado para la organización destinada para satisfacer la relación subjetiva de objeto social-empresa.

El sistema jurídico, y en particular el argentino, brinda los tipos societarios para esa elección negocial, e impone cierta intensidad en las relaciones de hecho para generar la personalidad, distinguiéndose así la sociedad de hecho del negocio accidental o en participación, descartándose el concepto amplio de sociedad -no personificante-.

Negocios jurídicos de menor intensidad externa de las relaciones no configuran una relación societaria, y por tanto no generan personalidad, sin perjuicio que el sistema jurídico le otorgue cierto grado de imputabilidad diferenciada, como lo es para el fondo común operativo en el agrupamiento de colaboración.

La llamada sociedad accidental o en participación, no es medio técnico de imputación diferenciada, y aún publicitada con consentimiento de los partícipes sólo genera la responsabilidad solidaria de éstos -como fiadores-, pero sin gestarse una división patrimonial base de la personalidad.

La sociedad como medio técnico de organización, personificada siempre en nuestro derecho, se independiza cada vez más de las vicisitudes de los vínculos personales y de sus avatares funcionales. Esto se advierte en el mantenimiento de una sociedad devenida de un sólo socio⁽²⁴⁾, en la no disolución por muerte o por resolución o rescisión parcial, y los efectos del abuso o de la nulidad de la sociedad, que afectan el régimen de responsabilidad, de imputación o al tipo como medio elegido, pero no la relación societaria como medio jurídico impuesto por el sistema legislativo.

(23) Ascarelli, Principios y Problemas de las Sociedades Anónimas, págs. 56-57, Imprenta Universitaria, México, 1951.

(24) Cfm. nto. ensayo en Libro Homenaje a Carlos Espinosa, en prensa.

En supuesto de nulidad absoluta, la sociedad deviene en sociedad de hecho -ex tunc-, pero no se liquida ipso jure, los vínculos generados por la personalidad no se anulan sino que debe -eventualmente- liquidarse⁽²⁵⁾, lo que podrá formalizarse con la empresa en marcha. La nulidad del negocio constitutivo, o sea del contrato de elección del medio técnico objetivo, afecta el medio específico -tipo-, pero deba subsistente el sustratum genérico sociedad-persona.

El negocio constitutivo, implica un doble fin común, causa del negocio jurídico. El fin genérico, objetivo del medio técnico (sociedad), y el fin específico subjetivo u objeto de la sociedad, causa del negocio, como fin económico común a desarrollar a través del fin objetivo elegido (el fin de la entidad).

Se afirma el reconocimiento de la sociedad-persona al regular la sociedad unipersonal, y se desluce cuando no se distingue la regulación de los contratos de colaboración. Agrava el desencuentro la costumbre de usar palabras -p.ej. *sociedad*- como verdaderos apócopeos de conceptos más complejos y que configuran diferentes especies, que imponen luego largas disquisiciones como las que hemos formulado precedentemente para tratar de diferenciar relaciones que imponen regulaciones específicas. Una cosa es la relación por la que se genera el medio técnico sociedad-persona, acto unilateral o contractual, del que nacen efectos legitimantes e imputativos diferenciales, y otra cosa es un simple contrato participativo -antiguamente llamado de sociedad-. Los esfuerzos normativos en la transición de estas figuras distintas generan *fondos operativos, bienes comunes*, para responder con preferencia a ciertas obligaciones nacidas de un contrato que se pretende no genere personalidad.

Aunque no se comparta nuestro criterio, consideramos indispensable superar esos puntos de vista para la configuración del nuevo sistema en búsqueda -a través de múltiples proyectos de reforma- que parta de la seguridad y modernidad del derecho actual en torno al concepto de sociedad desde su personalidad y acepte los requerimientos de los agentes económicos.

Si por un concepto gramatical, ajeno al jurídico, se desea reservar la palabra *sociedad* para los contratos participativos, resultaría útil referirse a la sociedad-personal como *compañía o corporación*, términos ya usados en nuestros antecedentes nacionales, y que permitirían referirse claramente al concepto moderno de sociedad como persona jurídica, distinguiendo claramente al sujeto creado a permanencia con el efímero negocio o contrato que le dio vida.

Córdoba, mayo de 1992.

(25) Cfm. nro. ensayo en Libro Homenaje a Hector J. Cámara, en prensa, que se dispondrá a la fecha del Congreso "Anomalías Societarias" Ed. Advocatus que editará también las ponencias.