

CONCEPTO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO MODERNO

Norberto J. Garcia Tejera

INTRODUCCION

El tema elegido encierra el análisis de un concepto que coloca al que lo ha seleccionado para desarrollarlo, en la necesidad de esclarecer el alcance que se le acuerda al término, en primer lugar al que tiene en la ley y, en segundo lugar el que le merece al exponente. Básicamente son dos las corrientes que pueden predominar en la elección. Nos referimos a la de compartir la idea de seguir una orientación positivista que sostiene la necesidad de apoyo exclusivo de los textos legislativos, porque considera el derecho exclusivamente como aquel emanado del legislador o bien, que estos no trasuntan el real concepto porque la ley es una parte del derecho que cotidianamente se complementa con las relaciones jurídicas celebradas entre los hombres en procura del cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

Por nuestra parte y con la finalidad de hacer aportaciones que pueden llegar a tener algún interés, procederemos a dar nuestra opinión respecto del que nos merece el concepto de sociedad en el derecho moderno; manifestaciones que formularemos conjuntamente con el análisis del tema propuesto.

En el derecho positivo encontramos regulada la tipicidad, prevista la organización, exigida la regularidad como cualidad establecida imperativamente, requisitos incorporados a la norma jurídica, en primer término como efecto de una disposición genérica, art. 1 Ley de Sociedades Comerciales, en segundo término en disposiciones generales -arts. 4,5,7 y 11 del mismo texto legal y en tercer término en artículos ubicados en la regulación de cada tipo social.

El artículo 1648 del C.C. y el 1 de la ley 19.550 son básicos para el análisis del concepto de sociedad en el derecho positivo argentino, en las dos reglas de derecho, con misión diferente en la legislación, encontramos los elementos principales del concepto cuyo análisis iniciamos. No obstante, debemos destacar que, el concepto, se complementa con otros que serán indicados en el trabajo.

LA TIPICIDAD COMO FORMA

Esta noción corresponde insertarla dentro de la teoría general del derecho privado. El tema elegido circunscribe el análisis al concepto de sociedad en la legislación nacional, por tanto, comenzaremos por el Código Civil y luego lo haremos en la ley comercial.

El derecho común no trata la forma de la sociedad civil, porque el contrato regulado a partir del artículo 1648 fue ubicado entre convenciones bilaterales. Por su parte el art. 1020 establece la libertad de formas en la celebración de los instrumentos privados. Coincidente con esta regla general del derecho positivo para los documentos privados, el art. 1662 específico de la sociedad civil, estableció la absoluta libertad en la constitución de esta sociedad ⁽¹⁾.

En la reforma del Código Civil del año 1968, la ley 17.711 entre otras modificaciones introduce en el inc. 3 del artículo 1184 destinado a regular la forma en algunos contratos, el uso obligatorio de la escritura pública como ineludible y necesaria para su constitución. Por tanto, el originario artículo 1662 que establecía el principio de liberalidad de formas para el contrato de sociedad civil ha quedado suspendido en su vigencia.

La ausencia de esta noción, en la disposición originaria (art. 1662), relativa a la constitución de esta sociedad, reconoce como fundamento la naturaleza jurídica bilateral del contrato de sociedad civil que le adjudicaba la teoría y la legislación en los tiempos en que se sancionó el Código Civil.

Toda vez, que por el desarrollo teórico efectuado por Tulio Ascarelli ⁽²⁾, se modificó la teoría mayoritaria acerca de la naturaleza del contrato asociativo que, de bilateral pasó a ser reconocido generalizadamente como plurilateral de organización -tanto en doctrina como en legislación-; también hubo de ser incorporado en la legislación de nuestro país. Hecho que ocurrió con la sanción de la ley 19.550. Sin embargo no se introdujeron disposiciones generales tendientes a incorporar la forma con un sentido distinto, esto es, concordante con la naturaleza jurídica del contrato.

En adelante, la adecuación de forma y contrato, deberán aportar la seguridad jurídica tan necesaria y trascendente en los plurilaterales de organización, por los efectos sobre los intereses generales que la actividad genera en el área socio-económica vinculada y sobre la que hace sentir su influencia. El medio elegido por la legislación comercial para proceder a su conjunta implementación, ha sido

(1) Ver nuestra ponencia, Congreso Argentino de Derecho Comercial, año 1990. Volumen I pág. 137 Colegio Abogados de la ciudad de Buenos Aires.

(2) Ver T. Ascarelli. Saggi Giuridici, pág. 270-316, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1942

mediante el procedimiento registral.

De manera que la forma adquiere eficacia mediante la registración, por tanto, el concepto de constitución regular la unifica y concentra en un único instrumento: las nociones jurídicas de forma instrumental, tipicidad y constitución regular. Las que quedan puestas de manifiesto con la inscripción registral en el supuesto de sociedades comerciales y con la escritura pública en el supuesto de sociedad civil.

LA FORMA COMO CONCEPTO

La forma -en caso de regularidad-, es un concepto que no solo abarca la naturaleza del instrumento sino que también comprende la estructura interna o formas del tipo. La forma por tanto, como exigencia de la regularidad; debería estar prevista en el derecho común, en una sección destinada a establecer los requisitos del contrato asociativo plurilateral de organización. Por el sentido y alcance que le acordamos, estaría referida tanto a las condiciones externas o instrumentales, como a las internas o tipicidad.

Con estas expresiones queremos significar el sentido que le acordamos a la forma. El término y el concepto, después de la edad media, cayeron en desuso toda vez que se la utilizó indebidamente y con abuso de la noción que originariamente le acordó la filosofía -Aristóteles-, cuando la relacionó con la materia, como medio o causa que permite determinarla.

Por nuestra parte queda entendido que, la usamos también como noción que facilita la función de medio, tanto para explicar la configuración o instrumento externo como a las estructuras internas caracterizantes del tipo. Los ejemplos mas sobresalientes serían las cláusulas contractuales o artículos de la ley que reglamentan la existencia y función de los diversos órganos sociales.

Como no lo hizo el derecho común, tampoco el Código de Comercio a su tiempo tampoco reguló la forma como concepto general y básico. Por ende no lo incorporó como requisito del contrato de sociedad. Sin embargo las constituidas regularmente conocieron la necesidad de forma escrita por exigencia de una disposición indirecta; toda vez que era indispensable para su registración, de conformidad con la exigencia que el Código estableció en su art. 36 inc. 3.

Recordamos que el Código de Comercio en el derogado art. 282, no requería como requisito la tipicidad como manifestación de formas internas, sin embargo previó los tipos usuales conocidos en las legislaciones mas progresistas a la época de su sanción.

En el Primer Congreso de Derecho Comercial, el Dr. Carlos Malagarriga presentó una ponencia que establecía la posibilidad de que la ley, el Código, permitiera apartarse de los tipos previstos, toda vez que no se vulneraran "los

derechos de terceros o los intereses generales”⁽³⁾

Sin embargo el recordado profesor, autor-corredactor del Anteproyecto de la Ley General de Sociedades Comerciales conjuntamente con el Dr. Enrique Aztiria, desistió de su proyecto original y, en el Anteproyecto art. 2 excluye expresamente esa posibilidad. La regla jurídica imperativamente desconoce toda posibilidad de atipicidad en una constitución regular.

Este Anteproyecto del año 1958, sabido es que fue una permanente fuente de consulta, para aquellos que a su tiempo querían informarse del contenido de leyes con instituciones modernas, vigentes en aquellos países que habían actualizado su legislación.

Es la ley 19.550 la que introduce expresamente la forma como requisito -sólo externo o escritural-, art. 4. La tipicidad no está tratada como forma, sino como requisito legal que incorpora el artículo primero, que los corredactores en la exposición de motivos la reconocen como principio de seguridad jurídica, efecto de certidumbre que compartimos plenamente.

LA FORMA LEGAL EN LAS SOCIEDADES

El derecho positivo argentino destinado a reglamentar las sociedades tiene dos conceptos diferentes respecto de los requisitos necesarios para que a un contrato, se lo considere como expresión de una sociedad.

El derecho común con una redacción acorde con las ideas del siglo pasado, tiene reunidos en el artículo 1648 del Código los requisitos que el legislador en dicha época considero suficientes para conceptuar que entendía por sociedad civil. La regla jurídica solo alude a la necesidad de una plural integración de los socios, aportes, fin común y división del resultado. Con diferencias no significativas el Código de Comercio derogado tuvo conceptos similares como definición legal de una sociedad comercial.

Transcurridos aproximadamente 120 años desde la sanción del Código Civil, nos encontramos con una diferente y doble legislación en el derecho privado, nos referimos a la del Código Civil y a la de la Ley de Sociedades Comerciales, regulaciones en las que advertimos una sutil pero muy importante diferencia respecto del concepto legal de sociedad.

Los dos cuerpos legales, a su tiempo, recibieron las influencias de distintas doctrinas, vigentes a su sanción que, nutrieron sus respectivas reglas de derecho positivo. La nota al artículo 1648 indica las fuentes que tuvo en cuenta Vélez

(3) Ver Actas del primer Congreso Nacional de Derecho Comercial del año 1940, ponencia del Dr. Carlos Malagarriga V. I pág. 211.

Sársfield. El artículo 1832 del Código Civil Francés, contiene una disposición que con conceptos similares sirvió de inspiración a nuestro codificador.

Por su parte, el art. 1 de la ley 19.550, que tiene una redacción técnicamente moderna, introduce sustanciales cambios si la comparamos con los antecedentes señalados. La nueva redacción incorpora dos elementos o requisitos necesarios y, una modificación trascendente en la parte relativa a la capacidad jurídica del sujeto de derecho. Nos referimos a la tipicidad, la organización y a la capacidad que se le asigna a la sociedad como medio que facilita la realización de los fines sociales. Estos -elementos- se complementan con la particular naturaleza reconocida al contrato que daría lugar a nuevas y originales disposiciones legales como por ejemplo ocurre con el tratamiento de las normas relativas al régimen de nulidad.

Es innegable que las importantes modificaciones introducidas en el concepto de sociedad arrancan: 1) de la naturaleza del contrato, 2) la incorporación de dos requisitos diferenciadores de otros contratos asociativos: tipicidad y organización. 3) incorporación de la sociedad como variedad de persona jurídica, 4) limitación de la capacidad jurídica, en consonancia con el reconocimiento de medio que se le asigna a la sociedad.

1) *Naturaleza*: De la naturaleza del contrato de sociedad son innumerables los trabajos doctrinarios, razones que nos eximen de citarlos, solo diremos que todos o casi todos encuentran su inspiración en el recordado del profesor Tulio Ascarelli ⁽⁴⁾ donde es posible encontrar la vigencia de sus sabias y originales consideraciones.

La importancia de los conceptos aportados por la doctrina que lo ubica como un contrato diferente, es decisiva para considerar sus requisitos peculiares en el estudio de temas como: la tipicidad y la organización.

Por ello, consideramos que tiene mayor sentido si se aprovecha el estudio de la doctrina como un reflotamiento del concepto de la forma, aplicado con criterio moderno, esto es en consonancia con la naturaleza de la cosa o mejor dicho del contrato, porque permite un mejor aprovechamiento en la ley ⁽⁵⁾.

Las posibilidades aportadas por la adecuada doctrina, permitieron al legislador incorporar soluciones que no hubieran sido posible con las ideas dominantes en el contrato bilateral.

El régimen de anulabilidad sólo es posible cuando en la legislación se parte

(4) Tulio Ascarelli. Saggi Giuridici Cap. VIII. El contrato Plurilateral pág. 259 y ss Milano 1940.

(5) Radbruch Gustav, La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento, colección Universidad Nacional de Córdoba

de soluciones aplicables a una especie diferente. Sin necesidad de violencias legislativas que irriten o quiebren la certeza en las estructuras legales, se puede hacer valiosos aportes teniendo en cuenta el interés general afectado por la disolución de contratos que involucran la liquidación de productivos patrimonios

La oportuna actualización aportada por la ley 22.903 que incorporó la noción de regularización, solo es posible admitirla por la particular naturaleza del contrato. En esa regla jurídica - art. 22 - se admite con singularidad la importancia de los asociados conceptos de forma, tipicidad y regularidad.

2) *Tipicidad* Al iniciar este desarrollo conviene tener presente que la tipicidad esta vinculada con la regularidad. Toda vez que la tipicidad presupone este requisito como elemento característico de una forma asociativa. La regularidad, bien puede ser considerada como efecto independiente de aquél, que desde siempre fue el corolario de la inscripción registral.

Por tanto, resulta razonable estimar que corresponden al dominio de temas diferentes, cuyas explicaciones deben escrupulosamente respetarse porque se vinculan con las condiciones específicas y esenciales que necesariamente deben cumplimentarse para conformar el concepto de tipo social o bien, de sociedad regular.

La ausencia de tipicidad le quita al tipo social el rasgo necesario e ineludible que se estableció como pauta legal imperativa en el artículo 1 de la ley 19.550. Para una mejor comprensión de lo que venimos afirmando, podemos decir que su ausencia en un determinado contrato, la privara de la posibilidad de perdurabilidad como contrato -regular- del tipo elegido, porque le sera imposible inscribirlo en el Registro Público de Comercio por violación a normas imperativas. Sin embargo, el contrato tendrá el valor del convenio asociativo que lo condujo a la irregularidad.

La tipicidad tiene que ver con el cumplimiento de disposiciones de derecho sustantivo, de eficacia imperativa en las sociedades. Disposiciones que van delineando el perfil jurídico de cada tipo, tanto en sus requerimientos instrumentales como en sus formas internas. La tipicidad tiene que ver con el cumplimiento de disposiciones de derecho positivo, cuyo acatamiento se antepone como requerimiento para alcanzar el proceso de constitución regular.

Es evidente que la creación de los tipos sociales, fue el resultado en la coincidencia de la necesidad de los comerciantes, con el aporte intelectual de abogados que, debieron elaborar las estructuras que satisficieran los requerimientos de clientes.

La visión que nos pone de manifiesto los antecedentes históricos de cada tipo, va marcando el ingreso de la tipicidad como requisito íncito en el contenido de cada contrato.

Esta realidad nos pone de manifiesto que, la tipicidad es la consécuencia de

las cualidades que se buscó incluir en los contratos sociales, para satisfacer emprendimientos económicos que, requerían determinadas cláusulas sociales que tentarán a futuros socios a vincularse asociativamente, porque el tipo social ofrecía las seguridades y ventajas pretendidas.

En nuestro país durante la vigencia del Código de Comercio, aunque no se previó la necesidad de incluirla como pauta legal, tanto la doctrina como la jurisprudencia tuvieron idea concreta y acabada acerca de esa noción. Conceptos que pueden ser leídos en los fallos judiciales y expresiones académicas de esa época. Razones por las cuales, dichos conceptos integraban la doctrina que se impartía en la enseñanza universitaria.

Por ello, cuando se sanciona la actual ley de sociedades comerciales, no llamó la atención que la condición de tipicidad integrara el concepto de sociedad comercial. Pero ahora cabe formularse la pregunta la sociedad que no es típica, es sociedad? o qué es?. No cabe duda que la tipicidad como lo hemos dicho, no integra el concepto de sociedad, sino que es expresión de la forma externa mas la interna toda vez que el contrato esté inscripto en el registro.

En la ley argentina, la inscripción del contrato en el Registro Público de Comercio, subsume el requisito de tipicidad, porque integra la noción de contrato regularmente inscripto, que es el medio legal que la legislación encontró como expresión de "sociedad regular". De donde resulta que la inscripción de un contrato o estatuto social, además de la regularidad-tipicidad, produce otro efecto que es el reconocimiento, de la persona jurídica o sujeto de derecho.

En última instancia, la tipicidad tiene como expresión opuesta en el derecho positivo, a la noción de irregularidad. La noción de tipicidad presupone que el contrato social o estatuto han cumplido con los requisitos sustantivos indicados en el art. 11 -mas los específicos del tipo-, con la solemnidad requerida en el art. 4; para luego como lo establece el art. 5 inscribirlo en el Registro Público de Comercio.

Todas estas etapas deben cumplirse si se quiere alcanzar el efecto de la regularidad según la regla jurídica del art. 7 que conlleva directamente el efecto de consolidarse como sujeto de derecho (art. 33 C.C. y 2 L.S.)

La Ley de Sociedades, advertimos, elaboró exclusivamente un concepto integrado por reglas jurídicas que explican nuestro punto de vista, acerca del que corresponde al de tipicidad en la ley argentina, que como dijimos se integra y coordina con el de regularidad, de modo tal que no puedan ser separados.

Si la sociedad típica es la regular, estamos frente a un concepto legal de sociedad como manifestación de persona jurídica o sujeto de derecho; de suerte que es necesario recordar que, la noción del art. 1 aunque no fuera ese su propósito, deja fuera del concepto de sociedad a las no constituidas regularmente. No empece que

en la sección IV de la ley, se haya reglamentado a la sociedad irregular.

A nuestro juicio se quisieron expresar en primer término, solamente los requisitos o pautas en la constitución de una sociedad regular y, en segundo término los necesarios para ser considerada como persona jurídica; pero por dicho camino se llegó a un concepto legal que alude al sujeto de derecho como expresión de una constitución regular. Criterio que resulta de la casuística como expresión reglamentaria que, fue el método seguido como técnica legislativa.

En este caso, el exceso en el rigor del método o técnica legislativa, condujo a esa rigurosidad que observamos en el concepto de sociedad, alrededor de la tipicidad como noción legislativa.

Organizada. La comprensión de la naturaleza del contrato, nos conduce al conocimiento de su esencia que está expresada en su organización. Cuando se analiza el contrato de sociedad, la impresión que se recibe es de armonía y equilibrio en sus cláusulas. El fin último de los socios que, se expresa en el concepto del contrato como "la participación en la ganancias y pérdidas", solo es posible cuando los medios materiales son afectados racionalmente al objeto social.

La actividad intelectual que trasunta el contenido del contrato, mediante expresivas cláusulas, exterioriza el auténtico sentido que cabe adjudicar al convenio como expresión de racionales determinaciones o decisiones exclusivas de la voluntad de los socios.

Habitualmente el medio elegido es usando algún tipo asociativo que la ley imperativa ofrece como posible. El sistema legal ni impone ni condiciona la tipicidad, como necesaria y suficiente. El régimen condicionado por el natural principio del artículo 1197 del C.C. admite, no puede ser de otra forma, que la voluntad guíe a los socios, en primer término acerca de la forma asociativa y en segundo término sobre la conveniencia de la seguridad que tiene la regularidad.

Superadas las dos primeras opciones determinantes del comienzo de la organización, si se eligieron los presupuestos indicados, cabe agregarle a las básicas disposiciones indicadas como manifestación de la tipicidad de la ley, las cláusulas que complementaran el sentido de organización que siempre trasunta el contenido del contrato de sociedad.

Los contratos de sociedad toda vez que reflejan las aspiraciones de aquellos que originariamente promovieron la finalidad asociativa, revelan armonía y equilibrio entre disposiciones imperativas del tipo y aquellas cláusulas que las complementan y que, responden a las particulares necesidades que promovieron el negocio emprendido mediante una forma asociada.

Estos fundamentos nos permiten sostener que la racionalidad exhibida como manifestación de un contrato organizado se alcanza cuando, a la tipicidad imperativa, se permite complementarla con normativas cláusulas técnicas que

facilitan a los constituyentes la organización del negocio emprendido. Esto solo es posible con un equilibrado ejercicio del control de legalidad, que facilite un racional uso de las facultades básicas establecidas en la disposición del art. 1197 del C.C., sin mengua de la tipicidad.

3) *Persona jurídica*. La modificación introducida en la reforma del derecho común en el año 1968, que amplió la cantidad de tipos de sujetos de derecho - art. 33 parte 2da. -, como categoría jurídica en la condición de persona jurídica, incide en el concepto de sociedad en la legislación porque, por ejemplo: la sociedad civil adquirió esa condición cuando se le modificó la forma externa en el proceso constitutivo y las sociedades comerciales con la inscripción registral como último requisito que presuponen los que hemos anteriormente analizado.

Por su parte, cuando la Ley de Sociedades, en el art. 2, califica a los diversos tipos como "sujetos de derecho con el alcance establecido en la ley" no es repetición de la regla del Código Civil, sino que racionaliza o mejor dicho le acuerda sentido a la licitud del objeto social y a la consecuente limitación de su capacidad jurídica. Es decir no resulta una nueva repetición de la regla del Código Civil.

En adelante, la finalidad del objeto social será compatible en todos los casos con la ratio legis, siempre condición de la existencia y reconocimiento de la sociedad como sujeto de derecho. La legitimidad del objeto, entendido en sentido amplio, hubo de ser el presupuesto necesario que avala -en este aspecto-, la incorporación del tercer párrafo del tan importante art. 54 de la ley.

Por tanto la inclusión de la sociedad como persona jurídica, tiene significativa trascendencia, toda vez que explica el correcto sentido que en la ley debe reunir el concepto de sociedad, extremo vinculado estrechamente con el alcance de capacidad jurídica.

4) *Capacidad jurídica*. Por último debemos considerar la capacidad de la sociedad en la ley. En este caso como punto de partida para una clara explicación, no podemos eludir de mencionar la existencia de una doble y contradictoria regulación entre el Código Civil y la Ley de Sociedades que, como veremos responde a definiciones cuyo contenido está de acuerdo a orientaciones vigentes a la época de la sanción de la ley.

Cuando fue redactado el código de derecho común, conforme resulta de las citas en las notas a los artículos del Título I, Libro Primero -De las personas jurídicas-, el codificador tuvo muy en cuenta a lo expuesto por Savigny en el libro II de su tratado ⁽⁶⁾ y el proyecto del Código Civil de Freitas que en el año 1859

presentara al Gobierno Imperial del Brasil.

En el tratado del profesor alemán, puede leerse respecto de la capacidad que: "*las personas jurídicas pueden tener la propiedad de toda clase de objetos*", toda vez esta considerada "*como unidad*" y en relación a sus obligaciones expresa que tienen "*las deudas que resultan de los contratos de sus representantes ordinarios*" (7). Para comprender el alcance que asigna como capacidad a los sujetos de derecho, es necesario tener en cuenta que el representante más caracterizado de la escuela histórica partía de la teoría de la ficción para fundamentar el monopolio del Estado en la creación jurídica de los sujetos autorizados.

Se advierte que la capacidad que se admite para la persona jurídica es de una amplitud que tiene correspondencia con las que la ley reconoce en las personas físicas. Las razones de este criterio se ubican en la idea dominante en la teoría de la ficción "Cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, el signo visible falta y la voluntad de la autoridad suprema puede suplirse creando sujetos artificiales también de derecho..." (8)

La pregunta que se impone es si la sociedad civil y las sociedades comerciales tenían esa capacidad. De todos los supuestos legales; solamente uno solo fue considerado persona jurídica. En el originario inc. 5 del artículo 33 del Código Civil, consideraba a la sociedad anónima como uno de los supuestos de los sujetos de derecho que, la legislación reconocía con la categoría de persona jurídica de existencia posible.

La sociedad civil y el resto de las sociedades comerciales que estaban reguladas en el Código de Comercio, tenían su capacidad jurídica descrita en las cláusulas que detallaban el objeto social. Es decir no existía a priori una regla de derecho positivo en torno a la cual podía elaborarse su régimen de capacidad. El órgano de control a cargo del Registro Público de Comercio, tenía a su cargo el denominado "control de legalidad", que implicaba considerar entre otros supuestos legales su objeto social, límite de su capacidad jurídica.

Por tanto era totalmente diferente la apreciación de la capacidad civil de una persona jurídica respecto de una sociedad civil o comercial, toda vez que para las primeras existían normas de derecho positivo que, por anticipado le acordaban el límite legal como en el supuesto del art. 30. En tanto para las sociedades fue la doctrina de los fallos judiciales la que elaboró el límite lógico jurídico de la capacidad civil de las sociedades, mediante el contenido de su objeto social.

(6) Savigny M.F.C. de Savigny, Sistema del derecho romano actual V. II Trad.M.Ch. Guneoux.

(7) Savigny op. cit. pág. 89.-

(8) Savigny op. cit. pág. 95.-

La redacción del art. 272 del Esboco de Freitas, que viene a comprender parcialmente nuestros artículos 30, 31, y 32 del Código Civil, aquel comprende a los sujetos de derechos -personas de existencia visible y de existencia ideal- como los -únicos- entes susceptibles de adquirir derechos. La nota al artículo del proyecto brasileiro, es muy extensa donde puede leerse que, del tomo II de Savigny se nutrió su conocimiento acerca de la teoría de la persona jurídica que, la proyecta legislativamente como teoría general.

La redacción de los artículos 30, 31 y 32 del C.C. establecen como posible una igualdad de capacidad entre las personas físicas y las jurídicas. La nota denominada a) aclaratoria del sentido del Título I es elocuente, toda vez que a su termino señala las fuentes que le sirvieron en la redacción del título -Savigny y Freitas-, y expresa que las sigue al "pie de la letra".

Habiendo seguido nuestro codificador, en este tema, de cerca la ideas del comentarista del derecho romano, no cabe duda que incorporo en este título su teoría, en particular cuando se advierte que la nota al artículo 45 contiene transcripciones del libro de Savigny, que utiliza como fundamento para otorgar al Estado la facultad monopólica de creación jurídica de los sujetos de derecho.

Conceptos que nos llevan a la convicción que Vélez adhirió a la teoría de la ficción en el régimen legal del derecho privado relativo al reconocimiento de las personas jurídicas. Razón por la cual podemos afirmar que la ley no deja de trazar una igualdad entre las capacidades jurídicas de los sujetos de derecho y las personas físicas.

El Código determinó el régimen a que serían sometidos los diversos sujetos de derecho, partió de una asimilación entre las personas -nos referimos a la notas-, utilizando en principio la misma técnica jurídica, en lo pertinente a las posibles capacidades. Por dichas razones, deja librado a las disposiciones legales específicas, su graduación en lo relativo a las capacidades o incapacidades que pueden alcanzar a los sujetos de derecho, última parte del art. 31.

CAPACIDAD DE LA SOCIEDAD CIVIL

Ahora bien originariamente, con la sociedad civil no había inconvenientes porque, el Código no la consideraba persona jurídica. No existía órgano de control externo en el proceso de constitución, toda vez que el derecho común no tenía ni tiene organizados registros similares al de comercio. La inexistencia del control de legalidad permitía que los objetos sociales tuvieran las mas variadas redacciones sin límite o determinación alguna. Por tanto el problema de su capacidad se presentaba cada vez que debía juzgarla la justicia. La forma natural de evaluación quedaba circunscripta a los actos autorizados en el objeto social.

Solución que está muy distante si la capacidad de la sociedad, deviene de una regla de derecho positivo que la delimita como lo hace para las personas jurídicas el art. 30 del C.C.

Todas estas razones permiten apreciar la dificultad del tema, los libros tradicionales como Salvat, dedican páginas a desarrollar la explicación del objeto de la sociedad en particular lo relativo a su licitud.

Luego de la reforma del Código por la ley 17.711, la situación ha variado porque la regla del art. 30, ahora se le aplica porque se trata de una persona jurídica, tiene que ser delimitada por la aplicación de la teoría de la especialidad, creación teórica que apunta a reducir la aptitud como capacidad que le asigna la ley a los sujetos de derecho en igual condiciones que a las personas físicas -exceso de la teoría de la ficción-.

CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Las sociedades comerciales durante la vigencia del Código de Comercio hasta la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550, con excepción de la sociedad anónima y la sociedad de Economía Mixta, no eran consideradas personas jurídicas hasta la reforma de 1968. A partir de dicha reforma las sociedades comerciales comenzaron a ser consideradas sujetos de derecho. Recordamos que aproximadamente desde ese período comenzaron los trabajos de la comisión que propondría el anteproyecto de ley de reforma del Código de Comercio, que culmina con la sanción de la actual ley 19.550, cuya sanción y promulgación ocurre el 3 de marzo de 1972.

A partir de la sanción de la ley, los tipos usuales fueron considerados personas jurídicas, aspecto importante porque también se modificó el criterio seguido para considerar la capacidad del sujeto de derecho. En adelante no se aplicará el criterio legal establecido en el Código Civil en el artículo 30. La nueva regla de derecho positivo que, establece la capacidad básica de la sociedad comercial como persona jurídica, está orientada, como se sostiene en la exposición de motivos al comentar en el art. 1 de la Ley de Sociedades Comerciales que: "...constituye una realidad jurídica, esto es, ni una ficción de la ley -añida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad-, ni una realidad física en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone" (9)

Por lo que es necesario advertir, que la Ley de Sociedades modifica

(9) Ver Exposición de motivos, comentario al art. 1 ley 19.550, párrafo 2.

radicalmente el presupuesto tenido en cuenta para el reconocimiento de la personalidad jurídica y, en consecuencia la amplitud de su capacidad; que de esa forma se reduce a la hipótesis que prevé la ley cuando en el art. 1 circunscribe la capacidad a la producción de bienes o servicios.

El reconocimiento de medio que se le asigna al contrato asociativo-plurilateral de organización -, es el elemento caracterizante - o forma - que determina el contenido del objeto social como límite de la capacidad que puede llegar a desarrollarse, como medio instrumental que facilite a los socios el logro de la causa fin - participación en el resultado del ejercicio

CONCLUSIONES

1- Es necesario que la ley común regule la forma de los contratos asociativos plurilaterales de organización, determinando como tal: la externa como exigencia instrumental y la interna como manifestación de la tipicidad.

2.- La tipicidad no necesariamente es un concepto general de la sociedad sino que es específico de la regularidad.

3.- En la legislación debe quedar claro que la regularidad o irregularidad no modifican el concepto ontológico de la sociedad que siempre descende de las facultades que la ley reconoce al hombre en el art. 1197.

4.- Es menester en próximas reformas, que el derecho civil deje de lado la teoría de la ficción como fuente del reconocimiento, para incorporar a la legislación conceptos en los que quede claro que las sociedades son medios - instrumentos jurídicos - que facilitan la realización del hombre en propósitos comunes mediante el uso de sociedades.

5.- El Código Civil debe adecuar la capacidad de los sujetos de derecho a las conclusiones expuestas en los puntos precedentes de la ponencia.