

PERSONALIDAD, EMPRESA Y CONTRATO DE SOCIEDAD

GABRIELA CALCATERRA

I) INTRODUCCIÓN

Partiendo de la afirmación de que la persona jurídica es un recurso técnico, la reflexión sobre ella tiene valor en la medida en que resuelva situaciones entre los hombres,¹ ya que su indudable ventaja radica en simplificar el razonamiento de los juristas y garantizar la seguridad jurídica en las relaciones con terceros.

Filósofos, historiadores y especialistas de la política han referido que la historia tiene un devenir cíclico².

En ese sentido basta recordar que en materia de personalidad jurídica societaria, la Teoría de la Ficción sostenida por Savigny y de fuerte ideología publicista³, fue sucedida, luego de un profuso desarrollo doctrinario, por la teoría de von Gierke sobre la realidad de la personalidad societaria⁴ que, en una proyección privatista llevó a sus seguidores a sostener una identidad casi perfecta entre la persona jurí-

¹ ASCARELLI, Tulio *"Iniciación al estudio del derecho mercantil"*, Bosch, Barcelona, 1964.

² En ese sentido, HIRCHMAN afirma la presencia de un histórico devenir de la supremacía de lo público sobre lo privado y viceversa.

³ Tomada por VÉLEZ SÁRSFIELD para la redacción original del C.C.

⁴ Luego volcada al CC con la reforma integral de la ley 17.711.

dica y la persona física como paradigma de lo privado.⁵

Estas corrientes fueron evolucionando hasta nuestros días en que nos encontramos en un momento fuertemente privatista en materia de derecho societario.⁶

II) LA PERSONALIDAD JURÍDICA Y LA DISTINCIÓN PATRIMONIAL

La razón de ser de la existencia de la persona jurídica se relaciona con sus miembros y con los terceros. Respecto a los socios, importa una tajante separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de los miembros⁷ y respecto a los terceros se inspira en el principio de seguridad jurídica.

La persona jurídica constituye un orden jurídico que regula la conducta de una pluralidad de individuos como personificación de un orden jurídico parcial tal como los estatutos o contrato constitutivo⁸, de ahí que las pautas para decidir su nacimiento o desestimación deben interpretarse restrictivamente.⁹

Es posible que la función de la persona jurídica haya variado desde sus orígenes hasta la fecha, con la consiguiente evolución operada en materia de responsabilidad y la incorporación de figuras jurídicas con y sin personalidad¹⁰.

Sin dudas, la persona jurídica implica una técnica jurídica y una decisión política¹¹ y la idea de sociedad vinculada a aquella, contiene una referencia permanente a su doble identidad: como contrato de sociedad, proveedor de contenido normativo y como persona jurí-

⁵ Ello sin olvidar el notable aporte que significaron otras teorías intermedias entre ambas como la del Patrimonio de afectación de WINDSCHEID y la normativista de HANS KELSEN.

⁶ Basta considerar en apoyo de esta afirmación, la crisis del contenido de orden público e imperatividad de las normas del derecho societario que evidencia la doctrina comercialista de los últimos años.

⁷ Art. 39 C.C.

⁸ KELSEN, Hans *Teoría Pura del Derecho*, ed. Eudeba, Bs.As, 1963.

⁹ Caso Fontana, Antonia c/Copes, Ada, LL, 1986 - A- pag. 281.

¹⁰ En efecto, la evolución de las teorías sobre la naturaleza jurídica de la persona jurídica evidencian entre otros aspectos, la necesidad de justificar el rol del Estado en el nacimiento de las mismas y la necesidad de justificar la atribución de responsabilidad por el hecho de otro. Otro aspecto que ilumina esta reflexión consiste en la aparición de los contratos de colaboración empresarial, a los que se desconoce expresamente el carácter de persona jurídica y como contraposición, la sociedad unipersonal sin base contractual y con personalidad jurídica.

¹¹ RICHARD, Efraín Hugo *Las relaciones de organización y el sistema jurídico del derecho privado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000 pags. 145 y ss.

dica objeto y sujeto de tales normas.

En suma, la persona jurídica es un sistema simplificado de relaciones jurídicas y está en la autonomía del legislador otorgar normas la reconozcan como centro de imputación distinto por medio de un acto público o de relaciones contractuales funcionalmente exteriorizadas¹². Ello es así ya que toda vez que hablamos de personas estamos hablando de capacidad.¹³ Y esa aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones lleva directamente al concepto de patrimonio¹⁴ que junto a otros elementos es un atributo de la personalidad habiéndose justificado desde siempre su reconocimiento en la necesidad de preservar esa división de patrimonios que conlleva a la limitación de responsabilidad e involucra los principios de la seguridad jurídica.

Por otra parte, la teoría general de los contratos ha evolucionado más rápido que la de la persona jurídica y esa desapareja evolución en materia de sociedades se ve influenciada en nuestros días al haberse convertido el contrato social en un instrumento de la empresa ínsita en la sociedad.

EI CONTRATO DE SOCIEDAD Y LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Para que una sociedad comercial logre el reconocimiento de la personalidad societaria es indispensable suscribir un contrato con todos los elementos generales y específicos que se imponen por la ley de sociedades comerciales¹⁵.

Solamente cuando se cumplen todos esos requisitos desaparece la incertidumbre y se impone la seguridad jurídica que procura el reconocimiento de la personalidad societaria.

No podemos negar la estrecha relación que existe entre divi-

¹² Siguiendo el razonamiento planteado en la nota 11, la relación entre contrato y persona jurídica no es absoluta sino que más bien tiene fundamento en la voluntad del legislador, pues en materia de contratos de colaboración se desconoce el carácter de persona jurídica no obstante encontrarse presentes muchos de los elementos del contrato de sociedad y por el otro lado, careciendo totalmente de base contractual, la sociedad unipersonal tiende a ser reconocida como persona jurídica.

¹³ Art. 30 y ccs. C.C.

¹⁴ Art. 39 CC: "las corporaciones, asociaciones, etc. serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación si expresamente no se hubieran obligado como fiadores o mancomunado con ellas".

¹⁵ Derivados del concepto de sociedad comercial plasmado en el art. 1 LSC.

sión patrimonial y limitación de responsabilidad, sin embargo no debemos identificarlas totalmente pues ello importaría un apartamiento de los principios generales que regulan esta materia.

Es sabido que la responsabilidad limitada se impuso con el fin de fomentar ciertas actividades de concentración de capitales¹⁶. Tal la limitación de responsabilidad es un efecto de la adopción de un tipo legal pero no un atributo de la personalidad. Solamente habrá responsabilidad limitada si se adopta alguno de los tipos societarios que así la contemplan. Recién entonces, cuando se abraza un tipo legal y se cumplen los requisitos del tipo podemos hablar de una persona jurídica con plena capacidad de derecho¹⁷ y abocarnos a definir a través de los órganos de esa sociedad, la forma en que se ejercerá dicha aptitud jurídica.

La limitación de responsabilidad es consecuencia de ello. Cuando los socios abusan de esa limitación de responsabilidad es preciso hacerlos responder por el dolo de su accionar. Pero el abuso de la responsabilidad limitada no implica necesariamente el descorrimiento del velo de la personalidad, aunque la jurisprudencia parece entenderlo así en distintos fallos.

En efecto, los remedios jurídicos varían según se trate de abuso de la personalidad o no, ya que en el primer caso se tiende a prescindir de la forma jurídica misma negando la existencia real de la persona jurídica, mientras que en el segundo se mantiene en todos los casos la existencia autónoma de la sociedad como sujeto de derecho pero se le niega al socio la limitación de responsabilidad^{18 19}.

Según este criterio, cuando concurren la responsabilidad de la sociedad y de los socios no habrá desestimación sino responsabilidad sanción.²⁰ De ahí que en todas las personas jurídicas la responsabilidad de los socios aunque ilimitada, sea subsidiaria, a menos que con fines sancionadores se extienda la responsabilidad directamente a ellos.

La desestimación de la personalidad, hace perder la ilimitación de responsabilidad y excluye la responsabilidad de la sociedad cuya

¹⁶ De ahí que las sociedades personalistas originariamente no limitaban la responsabilidad de los socios por no ser reconocidas con el carácter jurídico de personas.

¹⁷ Con el alcance fijado por la ley, según reza el art. 2 LSC

¹⁸ DOBSON, Juan M. "El abuso de la personalidad jurídica", Ed. Depalma, Bs.As, 1991.

¹⁹ ej: extensión de responsabilidad a los socios por uso indebido de la denominación social (art. 126).

²⁰ Ley de concursos y quiebras 24522.

existencia se desvirtúa, mientras que la sanción de ilimitación de responsabilidad no excluye a la persona jurídica pues no importa una desestimación de ésta.²¹

Se acude al allanamiento de la personalidad jurídica en los casos de daño ocasionado por fraude a la ley o al contrato de sociedad, en perjuicio de un socio o de un tercero, dolo o simulación ilícita, como remedio que permite prescindir de la forma de sociedad o asociación con que está revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular.²² Las reglas para proceder a esta medida se basan en el abuso del derecho y los efectos en nuestro derecho son regulados por la norma contenida en el art. 54 LSC.²³

LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SOCIEDAD Y LA EMPRESA COMERCIAL

La sociedad, como empresa, ha experimentado profundos cambios que repercuten en los elementos del contrato de sociedad²⁴

El primer elemento que la ley exige para reconocer la existencia de una sociedad comercial como persona jurídica es que esa empresa esté conformada por una pluralidad de personas. Sin embargo, la presencia de ese elemento se torna discutible y pone en crisis la naturaleza contractual de la sociedad comercial frente al fenómeno de la sociedad unimembre la que ha sido objeto ya de regulación legal en otros países y se caracteriza por la afectación de un patrimonio determinado a una actividad económica con prescindencia de la pluralidad de partes.

Otro elemento necesario para la validez de este contrato es la organización jurídica de aquellas personas que sirve de presupuesto para el ejercicio de la capacidad de hecho a través de la actuación de

²¹ DOBSON, Juan M. "Abuso de la personalidad societaria"... En apoyo de esta interpretación, vale observar que el procedimiento para la adquisición del carácter de persona jurídica no es exactamente el mismo que para lograr la limitación de responsabilidad y por esa razón se puede adquirir la personalidad societaria antes de terminar de cumplir con los requisitos formales y, no obstante, no lograr la limitación de responsabilidad, como ocurre con la sociedad irregular conforme el artículo 23 LSC.

²² DOBSON, Juan M. "El abuso de la personalidad jurídica", Ed. Depalma, Bs.As, 1991.

²³ DOBSON, Juan "El abuso..." coinciden en sostener que el abuso de derecho desborda la responsabilidad aquiliana y se erige en principio general del Derecho. (existe abuso cuando el ánimo de causar daño a otro aparece como exclusivo fin del acto).

²⁴ Basta recordar aquí la definición de sociedad comercial que esboza el art. 1 LSC.

los representantes designados conforme a la ley y estatutos. Esa organización responde a los principios de la teoría organicista y debe cumplir los requisitos formales que prescribe la ley de sociedades en cuanto a quórum y presencia física de socios, administradores y miembros del órgano de fiscalización en las reuniones de los órganos sociales²⁵.

No obstante, la doctrina argentina²⁶, sobre la base de la experiencia local y extranjera, propone incorporar normas que posibiliten la adopción de decisiones del directorio ausente estableciendo los recaudos que aseguren el funcionamiento razonable del órgano y la protección de los derechos de terceros. En efecto, el auge del *management*,²⁷ sumado a la influencia de los avances tecnológicos²⁸ hacen que la organización de la empresa se aparte visiblemente de las previsiones legales y contractuales sobre funcionamiento de los órganos de la sociedad²⁹ sin que podamos con certeza sostener que el contrato permanece vigente en cuanto a las cláusulas que regulan esas materias.

Un elemento esencial del contrato de sociedad ya invocado por su vinculación con la limitación de responsabilidad es la tipicidad, que tampoco ha permanecido ajena al avance de las relaciones jurídicas, las que han superado este concepto inundando nuestro panorama societario de sociedades "off shore", holdings y otras figuras que, importadas de otros Derechos no se adecuan a las normas sobre sociedades constituidas en el extranjero plasmadas en nuestra ley societaria,³⁰ acercándose mucho a la sociedad atípica.

Al tiempo de revisar los aportes y el capital como elementos propios del contrato de sociedad, advertimos que la relación entre persona y patrimonio y entre patrimonio y aporte han motivado la

²⁵ La teoría organicista de la personalidad jurídica formulada por Otto von Gierke, vinculada a la idea de la realidad de la personalidad jurídica, ha sido adoptada en materia de sociedades comerciales, no así para las asociaciones civiles y fundaciones que a pesar de su estructura compleja, siguen vinculadas a la teoría ficcionalista de la personalidad con apego da la doctrina del mandato.

²⁶ MARSILI, María Celia y PELAEZ, Enrique "La estructura orgánica de las sociedades comerciales y la tecnología", VII Congreso Argentino de Derecho Societario y de la Empresa, UADE, Bs. As, 1998

²⁷ Con el consiguiente desplazamiento de la soberanía desde la asamblea hacia los directorios profesionalizados.

²⁸ Que influyen en órganos cada vez más "impresenciales" que se reúnen sin cumplir con la formalidad de la presencia física de sus miembros en el acto, mediante el recurso a la teleconferencia o comunicaciones telefónicas multipartitas, etc.

²⁹ El PRCC art. 163, recepta el avance tecnológico a menos que se prohíba expresamente.

³⁰ Ver arts. 118 a 124 LSC.

reflexión de la función del capital social, sus requisitos legales, el fenómeno de la infracapitalización y, en suma los efectos de ello sobre la perseguida seguridad jurídica que la noción de persona jurídica intenta garantizar.

No debemos soslayar en este análisis, la notable vinculación que existe entre el objeto social y el uso abusivo que se hace de la figura societaria (sin perjuicio de la aplicación de las acciones propias del derecho civil) al desviarse aquel elemento del contrato social hacia fines extrasocietarios a través de la constitución de sociedades que lejos de tender a la producción e intercambio de bienes y servicios son instrumentos para el vaciamiento patrimonial de acervos sucesorios y sociedades conyugales.³¹

Finalmente, esa sociedad persona titular de un interés social acuñado por la doctrina clásica³² se ve desbordada en su tratamiento individual debido a la concentración económica que define un aspecto importante del moderno derecho societario y del derecho empresario que pone en riesgo la preservación de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales al sustraerla de la tradicional noción individual que aquella conlleva y subsumir el interés social al interés del grupo definiendo así la actuación de aquella.

CONCLUSIÓN

De lo expuesto llegamos a la formulación de algunos interrogantes que solo podrán encontrar una respuesta desde la reflexión conjunta. ¿Existe una crisis entre la sociedad persona, la sociedad empresa y la sociedad contrato?. ¿La realidad económica ha superado la idea de la personalidad sustituyéndola por la de empresa?. ¿Es la sociedad comercial no sólo como empresa sino como persona jurídica, la misma de la que habla la ley de sociedades comerciales?. Los cambios operados en el contrato de sociedad ¿contribuyen a la realización de la certeza y seguridad que persigue la idea de persona jurídica? Ante la opción por desestimar la personalidad jurídica, ¿tenemos la certeza de que será menor el daño ocasionado por tal desestimación que el que se pretende evitar con la preservación de la personalidad y de sus efectos?. ¿Podemos conservar la seguridad jurídica con las

³¹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo "Derecho societario. Parte general. La personalidad jurídica societaria", Ed. Heliasta SRL, Brasil, 1994, pag. 147 y ss.

³² HALPERÍN, Isaac "Sociedades anónimas", Depalma, Bs.As, 1974.

sustanciales alteraciones que afectan esta figura normativa respecto de las previsiones del legislador?. En suma, creemos que lejos de llegar a una conclusión, nos encontramos, apenas en los umbrales de esta compleja realidad del derecho societario que motivará la adopción de decisiones desde las más encontradas opiniones.