

El nuevo concepto de sociedad

José David Botteri (h)
Diego Coste

1. El concepto de sociedad en el derecho argentino, hasta ayer [arriba] -

Hasta la sanción de la ley 26.994 que aprobó un nuevo Código Civil y Comercial y modificó la ley 19.550, el concepto de sociedad estaba definido como un contrato tanto en el Código Civil de Vélez Sarsfield (arts. 1648 a 1788 bis) como en la ley 19.550, que incorporó la Ley de Sociedades Comerciales al Código de Comercio. Esta ley utiliza la expresión "contrato" ciento treinta y cinco (135) veces, como para no dejar dudas de esa calificación, pese a no emplearla en su artículo primero al momento de definir las sociedades comerciales, ni mencionarla expresamente al momento de establecer los elementos generales indispensables para la constitución de sociedades, utilizando -en cambio- la vacua expresión formal "instrumento constitutivo".

Tanto las sociedades civiles como las comerciales eran personas jurídicas de carácter privado, por la mención que hacía el artículo 33 del Código Civil, cuya modesta redacción generó tantos debates y doctrinas encontradas durante muchos años.

La idea de la sociedad como contrato se encontraba muy arraigada, habiéndose aceptado en nuestro derecho que se trataba de un contrato especial, caracterizado como plurilateral de organización. Esta calificación tenía origen en la doctrina italiana de la primera mitad del siglo XX, en especial, por la influencia y difusión que tuvo en nuestro país la obra del jurista Tulio Ascarelli.[1]

Sin embargo, se habían reconocido ciertas excepciones a la génesis de las sociedades por vía contractual: Primero fueron las sociedades que nacían de una escisión, luego fue la creación de las sociedades de Estado mediante ley 20.705, y siguieron las sociedades creadas legalmente merced a la Ley de Reforma del Estado Nro. 23.696; lo cual no alteraba en mucho el cuadro dentro de nuestro derecho privado, que reconoce en el art. 1197 del Código Civil una libertad contractual responsable, que hace obligatorio los contratos como si fueran la ley misma.

La doctrina de las sociedades como contrato plurilateral de organización precisaba de una variedad de individuos para conformar como partes, un contrato de tal carácter. El principio se deriva de la necesaria pluralidad elemental en materia contractual, desde que nadie puede contratar consigo mismo. En su versión societaria y vinculado al concepto de parte, la plurilateralidad fue llevada a sus extremos en materia societaria, con el fin de evitar elusiones a la ley por vía de sociedades de cómodo, que eran aquellas en donde aparecía más de una persona, pero sólo una de ellas aportaba la casi totalidad del capital social y poseía interés en el negocio. El tema generó numerosos debates, algunas doctrinas y resoluciones de organismos administrativos tanto particulares como generales, para sostener el principio.[2]

La noción de organización precisaba, además, de cierto criterio normativo (organizar, lleva incluido una idea normativa), que se estableció a través de otro principio legal, que fue el de tipicidad. En efecto, en materia societaria la libertad contractual requería ser encorsetada en cierta organización legal y por ende pública, para que el contrato fuera oponible a quienes no lo hubieran celebrado y pudieran reconocerse roles y status de los individuos que lo integraban, prefiriéndose legalmente el criterio orgánico a tales efectos.

La tipicidad fue por años un principio valioso en materia societaria y su consagración tuvo en miras la protección de terceros y también, por consecuencia lógica, el desaliento de las sociedades informales (de hecho o irregulares) que no respondían al principio. Eso se efectuó por vía de establecer la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus miembros, la inoponibilidad del contrato entre los socios, ni frente a terceros, la representación promiscua que generaba que el conjunto podía ser obligado por cualquiera de sus integrantes, la no subsidiariedad patrimonial que generaba la responsabilidad personal directa del socio por las deudas sociales y la imposibilidad de tener bienes registrables a nombre de este tipo de sociedades.

El reconocimiento del carácter de persona jurídica privada a las sociedades tanto civiles, como comerciales, también presentaba ciertas excepciones. La ley 19.550 decía que la sociedad accidental o en participación (arts. 361 a 366) no era sujeto de derechos, a pesar de estar calificada como sociedad. Dentro de la ley de sociedades comerciales, la ley 22.903 introdujo los contratos de colaboración empresaria (arts. 367 a 383), que tampoco generaban un sujeto -pese a su semejanza con las sociedades- al punto que se pretendió en algunos casos, una extensión de las normas generales de la ley a ese tipo de contratos. Y cierta doctrina sostenía, en miras del desaliento que la ley 19.550 dedicó a las sociedades irregulares y de hecho que acabamos de comentar, que ese tipo de organizaciones no constituían una persona jurídica de carácter privado, pues el artículo 33 del Código Civil sólo podía referirse a las sociedades en la medida en que fueran regulares.

Por último, en esta instantánea de recuerdos, es necesario memorar que la asignación del carácter de persona jurídica de carácter privado a las sociedades también comenzó a requerir límites, para corregir los abusos que se cometieron. Primero a través de la interpretación del artículo 2do. de la ley 19.550, considerando que el alcance establecido en la ley, era un límite. Después, luego de una profunda elaboración doctrinaria y jurisprudencial, con el agregado de un segundo párrafo al artículo 54 por la ley 22.903, consagrando la sanción de inoponibilidad de la personalidad societaria cuando la actuación de la sociedad encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o frustre derechos de terceros.[3]

La confluencia de todos estos elementos: la sociedad contrato, la plurilateralidad, la tipicidad, la organicidad y la personificación, exigían en el ámbito comercial (que opera en un sitio impersonal de intercambios que es el mercado y cuyo estándar es la profesionalidad), la registración y publicidad para dar seguridad a los operadores, con regímenes estrictos de sanciones por su omisión y una burocracia dedicada a ello, para su control. No era así en materia civil, que se presentaba (sobre todo a fines del siglo XIX y principios del XX) como un ámbito de transacciones personales, con nombre y apellido, de

menores o más lentos intercambios, regidos por la idea tutelar de la buena fe del artículo 1198 del Código Civil, modificado por ley 17.711.

En el concepto de sociedad, en este escaso resumen, se conjugaban todas estas cuestiones ideales, que a su vez presentaban estos problemas en su aplicación a la realidad concreta:

a) La sociedad contrato versus la sociedad empresa.

Sostener la idea de la sociedad como contrato alcanzada por la autonomía de la voluntad, tropezaba con la idea de identificar a la sociedad con la empresa, una emulsión de ideas que comenzó en Italia en la primera mitad del siglo XX y que se trasladó a nuestro país. En efecto, una gran mayoría de fallos y de doctrina nacional vinculaban ambos conceptos de manera directa, relacionando incluso una serie de normas societarias con un principio social ideal, que es el de conservación de empresas, como fuente de trabajo y de riqueza.[4]

Esta identificación, centrada en el objeto de las sociedades, generaba no pocos problemas:

i) Tratar el caso de sociedades sin hacienda empresaria, tanto sean las asociaciones civiles con forma de sociedad, como las sociedades que carecían totalmente de actividad empresaria.

ii) Considerar los derechos de los trabajadores bajo la aplicación de normas societarias, como la de la responsabilidad de administradores por contratación irregular, inoponibilidad de la personalidad jurídica, la cláusula de participación de los trabajadores en las ganancias, etc.,

iii) El establecimiento de tipos societarios legales diferenciados por su objeto (ej: ART, AFJP, Entidades Financieras o similares), en donde las limitaciones a la autonomía de la voluntad estaban centradas en la naturaleza de la actividad y no en razones societarias, con la consecuente colisión de normas.

iv) El problema de la inclusión de nuevos estándares contables, que no obedecían a la evolución económica del capital invertido para información de los socios, sino a la necesidad de generar todo un reflejo de la actividad empresaria con fines informativos o de control.

v) El tratamiento concursal de determinadas cuestiones empresarias, como los casos de salvataje y continuación de la empresa en quiebra, en colisión con los derechos de los socios,

vi) La problemática de grupos de sociedades conformados para el desarrollo de una única actividad empresaria, en donde activos pertenecen a una sociedad, el personal a otra y otra u otras sociedades producen o comercializan.

vii) El tema de si el capital social es o no ajustado a la actividad empresaria y todas las cuestiones en torno a la noción de infracapitalización, son otro paradigma de este tema.

En definitiva, las proposiciones ideales de la sociedad contrato, pasadas a confornte con la realidad empresaria doméstica, siempre urgida y exigente, generaron esta clase de problemas y muchos otros más que por razones de espacio no podemos abordar en estas pocas líneas.

b) Vicisitudes de la plurilateralidad.

Sostener la teoría del contrato plurilateral, implica como consecuencia lógica ingresar en una cuestión de grados. Primero fueron ciertas normas que imponían un determinado número de socios para establecer un encuadre, un régimen o una serie de efectos. Luego de abandonarse esa idea, que conducía a la fabricación de ciertas ficciones o de dificultades (por ejemplo, la redacción original del art. 146 de la ley 19.550, el art. 318 del Código de Comercio en su redacción original, etc.), la exigencia de la pluralidad se centró en otras cuestiones más relevantes.

La más básica era la necesidad de contar necesariamente con dos personas para conformar una sociedad, lo cual suponía la invención de un socio figurado, cuando hay un único interesado real en el negocio. Una vez que se aceptó que por sociedad hubieran sólo dos personas, el tema empezó a verse, como dijimos, por grados de participación, sosteniéndose que no era razonable una sociedad donde uno de los socios poseyera una participación abrumadora, frente a otro que la tenía en grado minúsculo.

Sobre el tema se generaron incontables debates, fallos y resoluciones administrativas. Recordamos los casos “Fracchia Raymond S.R.L.” (CNCom., sala E, 3 de mayo de 2005), “Inspección General de Justicia c/ Boca Crece S.A.”, CNCom., sala A, 27.6.200, publ. en ED 223-627; y los comentados en su momento por Gabriela Boquín en “La pluralidad sustancial de socios. Recaudo esencial para la existencia de sociedad”. La Ley, Suplemento Especial de Sociedades ante la I.G.J., de abril de 2005.

Así fue como la realidad, única, solitaria y egoísta, presentó toda clase de dificultades a la noción de plurilateralidad.

c) La tipicidad burocrática.

Mantener la idea de la tipicidad, fue un bastión de la Ley 19.550. Pero del tipo social legal, con libertad de inclusión de cláusulas convencionales, se pasó al estatuto tipo y a la parquedad de los órganos de registro de contratos, de aceptar cláusulas nacidas en la autonomía de la voluntad que no estaban previstas en sus estándares administrativos. Por

ejemplo: cláusulas que modificaban el régimen de honorarios de administradores o de síndicos, incremento en la exigencia de mayorías para tomar ciertas decisiones sociales, etc.

Además, la modalidad de acceso a la información societaria en legajos administrativos se transformó en excesivamente lenta y burocrática, conspirando contra la propia finalidad de registración pública que suponía el establecimiento de la tipicidad.

De este modo, una idea legal que ofrecía soluciones, comenzó a ser un problema, no por su concepción, sino por su aplicación.

d) La organicidad y sus alteraciones.

La tipicidad moldeada bajo ideas organicistas propias del siglo XIX, generaba mesoniveles: la asamblea, el concejo de vigilancia, el directorio en las sociedades anónimas, la gerencia en las de responsabilidad limitada. Decimos mesoniveles, porque los órganos no son sujetos, sino que se presentan como un nivel intermedio entre las personas de carne y hueso (socios, administradores, síndicos) y la persona jurídica.

Un mismo integrante de la sociedad puede estar incluido en esos distintos órganos, incluso cuando posea la calidad de controlante, manteniéndose el mismo estándar ilusorio de multiplicidad de sujetos inexistentes. Así el socio abrumadoramente mayoritario, puede ser miembro único del Directorio y las normas de organización del mesonivel, no se afectan, ni tampoco se incrementan sus deberes, ni su responsabilidad.

Las sociedades de director único compuesto por el socio mayoritario, que son una multitud; están muy alejadas de la idea orgánica plural, con toma de decisiones mayoritarias al estilo del board of directors. Sin embargo las normas son las mismas, se aplica el mismo estándar de buen hombre de negocios, en contradicción con los arts. 512 y 902 del Código Civil y los mismos derechos y deberes del socio común.

e) La personalidad, exagerada.

Que la sociedad conforme un sujeto de derechos distinto de los socios, puede resultar exagerado cuando la cruda realidad refleja que se ha creado una persona jurídica distinta para realizar algo muy diferente de lo previsto por el legislador.

Así, sociedades que carecían de hacienda empresaria y que solo eran un mero depósito de bienes, sujetos creados para defraudar transmisiones hereditarias o para evitar problemas fiscales o conyugales, sociedades creadas para defraudar acreedores o para evitar ser alcanzados por estos últimos, son una consecuencia de haberse permitido que las sociedades sean sin más un sujeto de derechos distinto de los socios.

Se dice que ése es el precio que debe pagarse en el plano de lo real, por mantener un recurso técnico útil para el desarrollo de las organizaciones societarias, pero lo cierto es que debieron instaurarse remedios para limitar los abusos, como fue en el caso, la doctrina de la inoponibilidad del art. 54 2do. párrafo de la Ley 19.550 que anteriormente mencionáramos.

En el plano de la aplicación concreta de la ley, debieron entonces limitarse los alcances de la atribución de la personalidad, utilizando como remedio legal la imputación de los actos ilícitos a quienes como socios o controlantes hicieron posible actos particularmente ilícitos.

2. Los cambios introducidos [arriba] -

La ley 26.994 introdujo, en cuanto al concepto de sociedad que venimos comentando se refiere, los siguientes cambios:

a) Modificó la Ley 19.550 de sociedades comerciales, que ahora se denominará “Ley General de Sociedades”, comprendiendo en ese cuerpo legal, todo el régimen societario argentino.

b) Estableció la posibilidad de conformar sociedad de socio único, reformando el artículo 1ero. de la Ley 19.550 y creando un subtipo para ello: la sociedad anónima unipersonal (SAU).

c) Creó dentro del Código Civil y Comercial, todo un régimen para las personas jurídicas de carácter privado, incluyendo a todos los tipos de sociedad (arts. 151 a 167).

d) Eliminó al contrato de sociedad civil, con la derogación del Código Civil de Vélez y su no inclusión en el nuevo Código Civil y Comercial.

e) Reguló todo un régimen general para los contratos asociativos en el Código Civil y Comercial, incluyendo los contratos de colaboración empresaria de la ley 22.903 y los consorcios de Colaboración de la Ley 26.005 en los arts. 1442 y ssgtes., derogando los arts. 361 a 383 de la ley 19.550.

f) Incluyó la figura de los contratos de participación, en los arts. 1448 a 1452 del Código Civil y Comercial.

g) Estableció que las normas de los contratos bilaterales, se aplican supletoriamente a los contratos plurilaterales (art. 966 del Código Civil y Comercial) habilitando algunos institutos, como el de la frustración de la causa-fin de un negocio (art. 1090 del mismo Código).

h) Reguló el caso de la formación del consentimiento en materia de oferta y aceptación en los contratos plurilaterales (art. 977)

i) Reguló todo un régimen para las asociaciones civiles (arts. 168 a 186), estableciendo que como normas supletorias, se aplican las de la ley general de Sociedades.

j) Incluyó la idea de empresa (o sus derivaciones) en treinta y seis ocasiones, en el Código Civil y Comercial (en los arts. 320, 375, 1010, 1093, 1479, 1481, 1482, 1483, 1485, 1487, 1488, 1497, 1498, 1499, 1500, 1502, 2073, 2229, 2333, 2377 y ccdtes).

k) Derogó los arts. 17 y 21 a 26 en materia de sociedades atípicas, irregulares y de hecho, y generó todo un nuevo régimen en la Secc. IV del Cap. I de la ley, por el cual a toda sociedad atípica, irregular, informal o de hecho, se le aplicarán reglas, como las siguientes: responsabilidad en principio mancomunada de los socios, oponibilidad de las cláusulas del contrato entre las partes y respecto de los terceros que las hubieran conocido, posibilidad de tener bienes registrables, un mecanismo de saneamiento con la obligación de compra por los socios de la participación del socio saliente que no quiera sanear, etc.

3. Breve interregno: ¿Para qué sirve el concepto de sociedad? [arriba] -

Tener en claro cuál es el concepto de sociedad es útil para saber a qué relaciones se les aplica el régimen legal societario y cuáles son los deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades de las personas a que alcanzan dichas normas.

Es necesario decir que las sociedades, como tales, son preexistentes a los legisladores y a los Estados, en el sentido que la voz “sociedad” la calificación social y el hecho de llevar ciertas actividades en común de un modo particular, son históricamente anteriores a cualquier regulación estatal.

Además de ello, existe de modo inocultable el hecho de que las personas realizan negocios lícitos y entablan relaciones sin tener en miras la regulación estatal en la materia, sino los beneficios esperados y la disminución de los costos de operación y transacción.

Otro dato necesario a tener en cuenta para considerar la importancia de esta calificación, es que las sociedades son el modo que han encontrado las personas físicas para realizar proyectos que van más allá de su existencia perentoria y de sus propias limitaciones, y que son de modo evidente las protagonistas principales del desarrollo del capitalismo moderno.

Como se puede advertir, la cuestión no obedece sólo a un puro interés de orden académico, sino que el tema reconoce trascendencia material, porque se trata de un concepto básico y elemental en todo orden jurídico moderno.

Como resulta propio de las cuestiones conceptuales dentro de este orden, para poder calificar a determinada situación de hecho o de derecho dentro de la idea de sociedad, resulta necesario tener en claro cuales son los elementos esenciales de la figura, que no deben presentarse en otras, para poder lograr el tipo de precisión que requiere el derecho.

En resumen, el concepto de sociedad es útil para por invocar en nuestro caso que, reuniéndose determinados elementos de hecho que deben acreditarse, se aplica a determinada relación el régimen societario argentino con todas sus consecuencias.

4. Consecuencias de los cambios [arriba] -

Los cambios operados por la ley 26.994, repercuten en el concepto de sociedad, en los siguientes aspectos:

a) Se puede constituir una sociedad, sin celebrar un contrato.

A los casos de escisión y de sociedades constituidas por entes estatales, se le suma ahora como regla que las SAU pueden ser constituidas y desarrollarse íntegramente con un socio único, aunque con un mínimo de tres directores y de tres síndicos.

La modificación del artículo 1ero. de la ley 19.550 sostiene la idea de que hay sociedad comercial cuando una o más personas realicen aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes y servicios, distribuyendo las ganancias y soportando las pérdidas, por lo cual esencialmente no puede más sostenerse la idea contractual como esencialmente identificatoria de este tipo de organizaciones.

A constituir una sociedad se puede llegar a través de una declaración unilateral de voluntad (como en las SAU), de un contrato (resto de los tipos legales de la ley 19.550) o a través de una norma estatal (sociedades de estado o similares).

Esto significa que la sociedad, como sistema social no depende necesariamente de la idea de contrato y que como todo sistema puede nutrirse de distintas personas y roles, sin resultar decisiva que la base de socios sea plural.

b) La plurilateralidad, no es indispensable en materia societaria.

Se sigue de lo anterior que la noción de plurilateralidad para identificar a los contratos de sociedad, ha variado. En efecto el subtipo SAU prevé una sola parte contractual y el ingreso de otro socio, haría modificar las reglas del subtipo, aún cuando la organización como sistema social, sea plural, por la necesaria existencia de tres directores y sindicatura plural.

c) El objeto de las sociedades de la ley 19.550 puede ser tanto civil como comercial.

La ley 19.550 ha evolucionado: de ser una ley de sociedades comerciales incorporada al Código de Comercio, a ser una Ley General, comprensiva de todas las organizaciones de este tipo para toda clase de actividades.

La derogación del Código de Comercio, genera por consecuencia que el objeto de las sociedades de la ley 19.550 y sus modificatorias pueda ser tanto civil como comercial, pues la producción o intercambio de bienes y servicios, no es característica únicamente de la actividad mercantil. La actividad artesanal, profesional o agropecuaria, son ejemplares de este tipo de actividades no comerciales, que ingresan a la ley general societaria.

d) La noción de producción o intercambio de bienes y servicios, no es atributiva de la idea de empresa.

La doctrina en torno a la Ley 19.550, en su redacción original, relacionaba la idea de producción o intercambio de bienes y servicios con objeto comercial con la idea de empresa, que en nuestra opinión es un sistema social distinto del societario, pues comprende a sujetos con roles distintos a los previstos en el régimen societario, como los trabajadores.

Esta identificación actualmente no puede sostenerse por lo expuesto en el punto anterior, por lo cual la idea de empresa, no es atributiva de la noción de sociedad.

e) Todas las sociedades son personas jurídicas de carácter privado.

El artículo 148 inc. 1ero. del Código Civil y Comercial no deja lugar a dudas: todas las sociedades, sean o no típicas, son personas jurídicas de carácter privado y por ende, deben poseer atributos (nombre, domicilio, patrimonio, objeto) y manifestarse como sujetos distintos de los miembros que las componen.

No existe más el caso de sociedades (como la accidental o en participación en la ley 19.550 original) que no sean personas jurídicas de carácter privado, existiendo una identificación esencial entre la noción de sociedad y la de persona jurídica.

f) Todo contrato asociativo, no conforma una persona jurídica y no es una sociedad.

Los contratos asociativos, aún cuando presenten una comunidad de fines en los miembros que los celebran, no son sociedades y esencialmente no conforman un sujeto de derechos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1442 del Código Civil y Comercial. Eso supone que

carecen de los atributos mencionados en los arts. 148 y ssgtes. y de los efectos de la personalidad jurídica diferenciada.

g) Los socios de toda sociedad, tienen responsabilidad subsidiaria.

Todas las sociedades, incluidas las de la Sección IV (atípicas, irregulares o de hecho), por efecto del artículo 26, tienen un régimen de responsabilidad de socios subsidiario a la sociedad por las deudas sociales. La atribución de personalidad es plena en todos los casos y legalmente se establece una estanqueidad entre las deudas sociales y las de los socios.

5. Cuatro notas esenciales para el concepto de sociedad [arriba] -

Se sigue de todo anterior, que el concepto de sociedad en el derecho argentino, se nutre de cuatro notas esenciales:

a) Para ser sociedad, hay que ser persona.

Para ser sociedad, la organización debe manifestarse como una persona jurídica autónoma de carácter privado y presentar necesariamente los atributos de dichos entes (nombre, domicilio, patrimonio y objeto determinado).

Esto supone que toda relación que no se exteriorice como un sujeto diferente de sus integrantes y no presente este tipo de atributos, puede ser un contrato asociativo, uno fiduciario o cualquier otro, pero no una sociedad.

b) Para ser sociedad, hay que proyectar un sistema social, aunque tenga un socio único.

Las sociedades anónimas unipersonales, son un sistema social integrado por un solo socio, directores y síndicos. El resto de los tipos sociales deben presentar al menos dos socios y pueden proyectar mas personas ocupando roles en la administración o en el contralor del ente.

Se sigue de lo anterior que la pluralidad no es una exigencia ya para la constitución, pero si es la proyección de un sistema social para el desarrollo del ente, lo cual supone más de una persona física y asignación de roles.

Es necesario agregar por último, que en caso que una sola persona decida constituir sociedad proyectando todo un sistema social para el desarrollo de un emprendimiento, debe necesariamente completar otras exigencias legales más, que requiere el subtipo SAU para ser

valido y plenamente eficaz su acto: Consideramos por la redacción que se ha dado a las normas, que las sociedades de la Sección IV no comprenden clases unipersonales.

c) Para ser sociedad el patrimonio debe estar constituido mediante aportes y afectado a la producción o intercambio de bienes o de servicios.

Con manifestarse como sujeto y proyectar un sistema social, no basta para ser sociedad. El patrimonio debe estar conformado por aportaciones voluntarias de los integrantes y estar afectado a un objeto que encuadre en la producción o intercambio de bienes y/o servicios. No importa si tienen una finalidad civil, agropecuaria, profesional, comercial: basta que el tema encuadre en producir o intercambiar bienes de manera regular.

Si no hay aportaciones con destino a conformar un patrimonio afectado del modo indicado, no hay sociedad. La entrega de los bienes aportados, debe ser hecha conforme la ley, que en principio exige que sea hecha en plena propiedad. Ni la comunidad hereditaria, ni el condominio, ni la propiedad fiduciaria, cumplen ese tipo de rol o función, por lo cual la conformación patrimonial exigida por la Ley General de sociedades es particular y decisiva para establecer si hay o no sociedad.

d) Para ser sociedad hay que tener por finalidad común la distribución de resultados entre los socios.

Un ente puede ser un sujeto, tener un patrimonio afectado y no distribuir los resultados de la explotación entre los socios. Este tipo de entes pueden ser algunas de las personas jurídicas privadas que menciona el artículo 148 del Código Civil y Comercial (asociaciones, cooperativas, mutuales, consorcios de propiedad horizontal, comunidades indígenas, etc), pero no sociedades. Es una nota esencial de las sociedades, tener por finalidad la distribución de resultados entre los socios, sean positivos (ganancias) como negativos (pérdidas).

6. Cuestiones no resueltas [arriba] -

Pasaremos revista a continuación de los temas que quedan, a nuestro criterio, sin resolver en las cuestiones consideradas:

* La reforma no ha traído una doctrina consistente dentro del derecho argentino en materia empresarial, que vincule el concepto de sociedad con el de empresa y establezca relaciones fructíferas. Sigue existiendo una tensión absurda entre el derecho laboral y el derecho “civil y comercial” en la materia:

Mientras el artículo 5to. de la ley de contrato de trabajo 20.744 contiene una calificación de empresa como un sistema social inclusivo de los trabajadores (comprendiendo medios personales y materiales), bajo la dirección de un empresario (que puede ser persona física o

jurídica y en el caso, sociedad), la reforma de la ley 26.994 ha utilizado la idea de empresa, sin considerar la cuestión de la relación entre ambos sistemas sociales (el de la empresa y la sociedad).

Esto significa que el cuadro emergente de cuestiones laborales, frente a la actual ampliación conceptual de la ley 19.550 a las actividades civiles, aumentará en su conflictividad.

* Tampoco se ha resuelto la cuestión de la registración y publicidad de manera tal que exista seguridad en las transacciones de un mundo globalizado. En efecto, el tema del registro en materia societaria y la derogación del antiguo Registro Público de Comercio, es un déficit muy serio de la reforma, que precisará de una legislación singular, con armonía federal.

La solución de aceptar la atipicidad societaria, no parece ser un buen camino sino no se modifican los criterios que dieron lugar al vicio de la tipicidad burocrática, que ya hemos señalado. Un registro moderno, ágil, veloz, digital, de acceso público que se relacione directamente con la constitución y funcionamiento de sociedades, resulta indispensable para poder avanzar en nuestro país en la seguridad de las transacciones; máxime si se toleran del modo previsto, las sociedades atípicas (de hecho, irregulares, o “de la Sección IV”).

* En materia de personalidad de las sociedades, si bien existe un avance normativo común a todas las personas jurídicas de carácter privado, la condición de “general” de nuestra ley de sociedades 19.550 con ampliación de objetos a “civiles y comerciales”, hace aparecer nuevos problemas, cuando la vía de la simulación es la elegida para realizar negocios. El art. 333 del nuevo Código no excluye de la simulación, a la constitución de sociedades y la nueva redacción de la inoponibilidad de personas jurídicas del art. 144, no hace mención a la procedencia del remedio, cuando la actuación es producto de una simulación absoluta.

Al ampliarse el objeto de las sociedades a actividades no mercantiles, las sociedades que se presentarán como meras depositarias de bienes, sin actividad empresaria (pero sí con actuación civil episódica, como dar sus bienes en locación, comodato u operaciones semejantes), tendrán el amparo de una licitud de la que antes, carecían. De allí que los problemas vinculados a la personalidad de las sociedades, se acrecentarán.

* El tema del interés social y del interés del grupo en los grupos de sociedades, no ha tenido una definición en las modificaciones que sea consistente con la salida del contractualismo que mencionáramos. No se puede incluir como requisito de la existencia de las sociedades que exista un interés social, al punto que no parece haber una distinción entre objeto y fines de las sociedades en esta Ley General.

* Mantener el organicismo cuando se operaron al mismo tiempo cambios sustanciales en materia de responsabilidad civil, incluyendo la prevención (como una de las funciones de la responsabilidad civil), la posibilidad de presunciones de causalidad y al haberse ampliado los motivos de responsabilidad objetiva, resulta explosivo, anticuado y contrario al régimen del valioso art. 512 del Código Civil en su versión originaria, que se mantuvo en el art. 1724 del nuevo Código.

El derecho moderno en materia de sociedades debe precisar los deberes, roles y estatus de los integrantes de las sociedades resolviendo de antemano los conflictos y trayendo soluciones, que no deben caer en la incertidumbre funcional o en la extensión indiscriminada de responsabilidades, con ausencia de la formulación de deberes claros de conducta.

7. Conclusión [arriba] -

El concepto de sociedad ha variado con las reformas de la ley 26.994. Los ajustes a la Ley de Sociedades Comerciales 19.550 para transformarla en una Ley General de Sociedades, parecen insuficientes para estar a la altura de esta reforma de todo el sistema de derecho privado que unificó en un solo cuerpo normativo, la materia civil y la comercial.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el tibio cambio operado va en una dirección correcta que es necesario profundizar y enriquecer con una mejor técnica que acometa el compromiso de generar una nueva Ley de Sociedades, que es el único cuerpo normativo estructural ideado para alentar actividades económicas.

Notas [arriba] -

[1] Tulio Ascarelli “Sociedades y Asociaciones Comerciales”, Traducido por Santiago Sentís Melendo, publicado por Edit Ediar, Bs. As, 1947, con un prologo de Mauricio L. Yadarola.

[2] Ver Daniel R. Vitolo “Sociedades Comerciales - Ley 19.550 Comentada” Tomo I, pags. 9 a 78, Edit Rubinzal Culzoni, Bs. As., 2007.

[3] Corresponde remitirse a las obras de Ricardo L. Gulminelli “Responsabilidad por abuso de la persona jurídica”, Bs. As., Depalma, 1997 y de Leandro Javier Caputo “Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, Edit Astrea, Bs. As., 2006, para un panorama de la evolución de la cuestión.

[4] Por ejemplo Daniel R. Vitolo, ob. cit, pág, 58, Efraín H. Richard y Orlando M. Muiño “Derecho Societario”, Edit Astrea, Bs. As., pág. 26 y ssgtes., entre tantos otros.

Publicación: Revista Argentina de Derecho Societario

Número 12 - Octubre 2015

Fecha: 01-10-2015 Cita: IJ-XCII-482