

CAPÍTULO 4. CONCEPTO DE SOCIEDAD

SOCIEDADES Y AGRUPACIONES EMPRESARIAS

Si bien sociedad (concepto jurídico) y empresa (concepto económico) suelen confundirse, la diferencia radica casualmente en la inscripción ante el registro público, con la reforma de 2015 la distinción entre sociedad y empresa fue mucho más marcada, ya que se ratifica la inscripción en el registro para adquirir el carácter de sociedad, con respecto a las sociedades de la sección II de la ley y el art. 142 CCC.

Los contratos asociativos no son nuevos en nuestra legislación, ya se encontraban regulados en la LSC, y se los conocía como contratos asociativos no societarios, en los cuales aparecían tres figuras: a) el contrato de Sociedad Accidental o en participación; b) los contratos de colaboración empresaria, y c) las uniones transitorias de empresa. Posteriormente, regulados en la Ley 26005, son reconocidos los consorcios de cooperación.

La Ley 26994 deroga, en efecto, la sección IX de la Sociedad Accidental o en Participación (arts. 361 a 366), el capítulo III de los contratos de colaboración empresaria sección I de las agrupaciones de colaboración (arts. 367 a 376) y sección II de las uniones transitorias de empresa (arts. 377 a 383) y la Ley 26005.

Con la reforma, el CCC incorpora el capítulo 16 de contratos asociativos, luego de las disposiciones generales de estos contratos, donde el art. 1442 establece que son contratos que no se consideran sociedad, en la sección segunda trata los negocios en participación (arts. 1448 a 1452), en la sección tercera los contratos de colaboración (arts. 1453 a 1462), en la sección cuarta las uniones transitorias (arts. 1463 a 1469) y en la sección quinta los consorcios de colaboración (arts. 1470 a 1478).

Estas figuras contractuales tienen su origen en actos de carácter colectivo y de organización que las diferencian de los contratos bilaterales, encontramos una pluralidad de partes que buscan un bien común a través de cumplir con su actividad normal y habitual.

Si bien son contratos de organización, participación y/o colaboración, el CCC claramente establece que son contratos y no personas jurídicas ni sujetos de derecho.

Si bien estos contratos buscan un fin común no son sociedades y ese elemento que las diferencian de los contratos de gestión como el fideicomiso y el mandato y de los contratos bilaterales.

Algo que llama la atención, es que sin ser sujeto de derecho, estos contratos, gracias a la capacidad de absorción fiscal, la AFIP los considera sujetos tributarios.

Si bien hay una integración parcial entre los distintos partícipes no se lleva a una vinculación total, cada uno mantiene su individualidad por lo que no se crea una persona jurídica, son contratos asociativos de colaboración multilateral o de participación, en comunidad de fines, que no es sociedad, tal como se expresara en los fundamentos del anteproyecto.

Sociedad: significado

Etimológicamente la palabra sociedad deriva del latín *societas* que significa compañía, que a su vez deriva de *socius* cuyo significado es compañero. De la misma raíz latina deriva *sociales*, cuyo significado es sociable o aliado.

Se entiende por sociedad en sentido lato como todo tipo de asociación o grupo formado por seres humanos que poseen ciertas coincidencias en su constitución o en sus actividades. En su concepto, la sociedad no es un hecho individual, es necesario un grupo que se una y parta de un hecho institucional que impulse esa unión que debe ser realizada por la necesidad de crear el núcleo societario, y además de colaborar en la búsqueda del bien común que es el objetivo de mantener una estructura estable, como la unión o agrupamiento de personas que dé común acuerdo realizan aportes con un fin lucrativo y asumir el riesgo de las pérdidas.

La LGS comienza diciendo lo que considera una sociedad, haciendo base en tres conceptos fundamentales, que son: a) organización b) tipicidad y c) aportes.

La reforma vino a dejar sin efecto la pluralidad de partes, ya que antes no se admitía la sociedad de un solo socio y con la unificación se quitó el requisito de comercialidad que se les exigía.

Sociedad: definición

La LGS comienza dando el concepto de sociedad, en el art. 1:

DEFINICIÓN: Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. (Ley 19550, 1984)

La sociedad unipersonal solo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no puede constituirse por una sociedad unipersonal.

La reforma

La reforma vino a introducir algunos cambios, más que en la esencia en el concepto, ya que:

a) la reforma quitó el carácter de comercial a las sociedades tras la unificación de las obligaciones civiles y comerciales,

b) la reforma permite la sociedad de un solo socio o unipersonal, por las ventajas que tiene, ya que dicho socio puede limitar su responsabilidad por las obligaciones sociales al aporte que se obliga a realizar y los bienes que adquiere estarán a nombre de la sociedad, lo cual distingue claramente los bienes propios de los bienes sociales, ya que la sociedad es una persona, distinta de su socio. Para evitar que estas sociedades sean utilizadas en maniobras de evasión o lavado se prohíbe que una SAU sea constituida por otra SAU (Ley 19550, art. 1, 1984).

El término persona

Si bien mucho se ha dicho sobre la utilización de la palabra persona, en lugar de la palabra partes, como se expresa en la exposición de motivos de la Ley 19550 y los fundamentos de la copropiedad de cuotas o acciones, ello se debe a que la persona, sea humana o jurídica, alude a un ser individual, en cambio, la palabra parte alude a que una alícuota del capital social pueda estar en cabeza de varias personas al mismo tiempo, situación en que los socios se comportaran como condóminos entre sí, y deben nombrar un representante ante la sociedad.

El legislador no aprovechó la reforma para solucionar este conflicto dialéctico, creemos que por un lado consideró la cuestión irrelevante, y que mantuvo su idea sobre las sociedades de personas, donde el socio asume un importante rol como ser individual y no con relación al capital que aporta, y sobre la crítica que se hace sobre la copropiedad de cuotas o acciones, no se considera tal, ya que solo lo aplica a las sociedades de capital, lo cual refuerza la importancia del socio.

LA ORGANIZACIÓN

Naturaleza jurídica del acto constitutivo

Se debe analizar la naturaleza jurídica del acto constitutivo para entender las distintas circunstancias de la organización.

En derecho civil, los contratos son bilaterales, conmutativos y sinalagmáticos, tal como fuera concebido por el Código de Napoleón.

Existen dos partes con derechos y obligaciones recíprocas. Se debe interpretar que los que son derechos para uno son obligaciones para el otro, de ahí la bilateralidad y la conmutatividad de ellos.

Sin perjuicio de la existencia de contratos de carácter multilateral, ya descritos por Vélez Sarsfield, sigue manteniéndose la conmutatividad y el sinalagma.

Lo sinalagmático del contrato está dado por las obligaciones recíprocas y el área de posible incumplimiento, incluso la opción que tiene el acreedor ante el incumplimiento del deudor de solicitar la resolución o cumplimiento del contrato como lo establecido en el art. 1083 del CCC (pacto comisorio).

La posibilidad de rescindir el contrato social por parte de un socio no es posible y solamente puede ser separado de la sociedad por cuestiones como la mora en el aporte, las que deben ser interpretadas siempre en forma restrictiva en favor de la permanencia del socio y la existencia de la sociedad.

Esto no alcanza a cubrir la necesidad del instrumento constitutivo, por ello se buscaron otras teorías como la del acto colectivo, sostenidas por Von Gierke y Kuntze o la del acto complejo de Messina.

Más allá de las innumerables teorías contractuales, la doctrina, a la luz de la Ley de Sociedades, nos va a permitir establecer la naturaleza jurídica del acto constitutivo.

La categoría de contratos asociativos no conocida por las primeras legislaciones societarias, que fluctúa entre el contrato de cambio y de sociedad, donde las partes, sin perjuicio de sus intereses particulares, orientan su conducta a dirigir su accionar colaborando a la obtención de un fin común, concepto que se hace presente en los negocios en participación.

En los contratos de colaboración las partes cooperan recíprocamente para obtener un fin común que beneficie al grupo, que se hace visible en contratos como el joint venture y los consorcios de colaboración.

Una categoría más compleja es la de los contratos de colaboración donde hay una relación continua donde las partes pueden expresar su voluntad jurídica sobre el objeto común, se encuentra en las sociedades y en el contrato de colaboración.

El contrato plurilateral es aquel en que varias personas que representan una estructura asociativa donde esa multiplicidad de partes es eventual y puede ser conformado por dos partes, las cuales deberán actuar donde el accionar con un objeto común es el que hace a la esencia del fin asociativo.

El legislador basa la naturaleza jurídica del acto constitutivo en el contrato plurilateral de organización, esto lo hace, no para apartarse de la norma general sobre interpretación de los contratos, si no para permitir la aplicación de cuestiones particulares, como en el caso de nulidad, y tiene en cuenta que genera la creación

de una persona jurídica distinta de las personas de los socios y las complejas relaciones que surgen de su creación.

Relaciona la organización con el concepto económico de empresa y la multiplicidad y complejidad de intereses comunes, necesarios para el cumplimiento del objeto social.

La LGS sigue la doctrina de Ascarelli adoptando el CONTRATO PLURIRATERAL DE ORGANIZACIÓN, donde las relaciones de los socios entre sí se diluyen con la inscripción del contrato y la aparición de la nueva persona jurídica distinta de los socios. Esta teoría es seguida por Halperín, Fontanarosa, Fargosi y la mayoría de la doctrina que sigue a la LGS, constituye la principal crítica el no permitir introducir el concepto de sociedad unipersonal, aunque la reforma la incluyó.

El negocio constitutivo es la creación de una sociedad y como consecuencia la clase de persona jurídica que se crea, por ello, la adopción de este contrato determina que no haya exacta equivalencia en las prestaciones y contraprestaciones, el incumplimiento en el aporte de un socio no permite que los otros no cumplan, si hay un vicio que provoca la nulidad respecto del vínculo de un socio no afecta a los demás.

El concepto de organización, más allá de lo expresado, se debe interpretar sobre otras dos cuestiones:

a) Sobre las relaciones que nacen del instrumento constitutivo, incluso antes de su inscripción, al ser las relaciones de los socios entre sí las que se van diluyendo una vez inscripta esta, toman importancia las relaciones de los socios con la sociedad y las relaciones de la sociedad con terceros, pueden ser estos internos (personal, etc.) o externos (proveedores, etc.).

b) Desde otro criterio, el concepto de organización se refiere a la forma en que la sociedad se deberá gobernar, administrar y controlar, coincide con el funcionamiento de sus órganos societarios y otros como la incorporación de herederos o transmisión de la parte societaria.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SAU

El siglo XXI trae nuevos paradigmas en cuanto a ciertas realidades jurídicas, en la sociedad suplanta el ánimo de lucro por la promoción del bien común como alienta la reforma del CCC y a la sociedad como sujeto basado en su organización.

Por eso se busca en algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro después de la reforma, dejar de mencionar el contrato, incluso el plurilateral de organización, y mencionar directamente a la persona jurídica que es una realidad jurídica basada en la ley que tiene como consecuencia (previa inscripción) reconocer o bien otorgar la personalidad.

La teoría de la ficción ya no se utiliza, se considera persona a todo ente capaz de contraer obligaciones y ejercer derechos, la subjetividad jurídica, sea colectiva o unipersonal, es una realidad jurídica otorgada por la ley: para que sea claro, el Estado sabe que tales supuestos no son portadores de una auténtica voluntad propia, pero se la proporciona al otorgar personalidad y capacidad.

Se considera que la naturaleza jurídica del acto constitutivo es un acto unilateral, que no altera su función y mediante la realidad jurídica de aprobación de la inscripción debe reunir todos los requisitos del contrato referentes a la organización, la tipicidad, los aportes, previa inscripción para obtener la personalidad jurídica y su capacidad: la constitución de la sociedad sigue siendo el acto complejo y formal necesario para la creación y existencia de la sociedad.

El concepto de organización

El concepto de organización, al que hace referencia la ley, debe ser analizado desde varios aspectos:

a) Desde el punto de vista constitutivo, por crear una persona jurídica distinta de los socios que la integran, de ahí la importancia de establecer la naturaleza jurídica del acto.

b) Dentro del contexto la organización es un concepto de interacción entre la sociedad y los distintos individuos que intentan alcanzar determinados propósitos.

Cada uno de los socios se relaciona con la sociedad, no entre sí, y realiza una función particular y diferente donde los otros socios cumplen sus propias funciones para la obtención del objeto para la que fue constituida. El contrato es el medio por el cual se organizan las relaciones entre los integrantes, que atribuye el rol a cada socio.

La sociedad se relaciona mediante sus órganos, genera una serie de relaciones, tanto internas, con el personal, como externas con el medio en que se mueve, clientes, proveedores, el estado, etc.

c) La tercera cuestión está relacionada a su funcionamiento y es como organiza sus órganos de gobierno, administración y control.

LA TIPICIDAD

La tipicidad es reconocida como el modo de identificar un acto descrito por un sistema jurídico, con referencia a su concepto, el legislador siguió lo dispuesto en el anteproyecto de la ley, el CCC y la legislación comparada, debió utilizar los tipos legislativamente establecidos, es de esta forma *ad solemnitatem*.

No puede haber sociedad sin personalidad jurídica ni organización que le permita cumplir con el fin para que fuera constituida.

El principio se basa en la separación patrimonial y la responsabilidad frente a las obligaciones sociales, agrega la organización para establecer la tipicidad de carácter imperativo que doblaga la autonomía de la voluntad de las partes.

La tipicidad aplicable a las sociedades reguladas según la sección II LGS, más allá que el contrato debe estar por escrito, es la forma o estructura que establece la ley y que una sociedad debe adoptar para que sea considerada formal. Los tipos sociales determinados por la ley son la consecuencia de la tipicidad no la tipicidad misma.

Esta postura del legislador no es arbitraria, lo hace para fortalecer la seguridad jurídica y evitar de dicha manera un dispendio innecesario si permitiera a los particulares crear tipos societarios distintos a los establecidos en la ley.

Esto hace que el sistema de tipicidad sea de orden público, es obligatorio en su aplicación e inmodificable por los particulares, es de competencia exclusivamente legislativa la creación de nuevos tipos societarios o la modificación de los existentes.

Si las partes deciden crear una asociación o un agrupamiento, pero sin personalidad jurídica, como una unión transitoria, aunque sea para obtener una finalidad común no es sociedad.

El CCC vino a establecer un régimen unificado para las personas jurídicas derivada de los distintos proyectos de reforma como los de 1987, 1993 y 1998 y de los proyectos referidos a la Ley de Sociedades de los años 1992 y 2004 que buscaban un nuevo marco para las sociedades no constituidas regularmente.

En el art. 141 CCC se reconoce la personalidad de las sociedades con la consecuente capacidad de hecho y de derecho, supedita la misma “para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación” (CCC, 2015).

Se considera empresa a un agrupamiento con actividad económica organizada, para algunos autores, esto afianzó el criterio de que no existe sociedad sin empresa, pero si una empresa quiere ser sociedad lo logra si acepta la exigencia de la organización y la adopción de uno de los tipos de la sección II, ahí la ley pone a disposición las normas que regulan los derechos de los socios, es esa la función de la tipicidad.

Cuando falla o se ve viciada la estructura societaria, en el nuevo concepto introducido por el CCC subsiste la organización económica para justificar la continuidad de la sociedad regida ya por la sección IV o proceder a subsanar los defectos formales y volver al cauce de la tipicidad, esto se ve a la luz de la reforma de la Ley 26994 sobre la LGS, cuando el art. 17 LGS que permite la continuidad de la sociedad y la nueva versión del art. 100 que solicita que la continuidad sea factible.

El régimen de responsabilidad establecido por la reforma tiene como novedad, tal lo dispone el art. 143 CCC, que la separación patrimonial hace que los socios gocen de limitación en la responsabilidad por obligaciones de la sociedad salvo que la ley disponga lo contrario o en los casos previstos por el art. 144 CCC sobre la inoponibilidad de la personalidad jurídica o alguna disposición establecida por ley especial.

La limitación de la responsabilidad es una consecuencia directa de la tipicidad que se mantiene para las sociedades reguladas por la Sección II, hoy se ha extendido a las sociedades de la sección IV, y establece la limitación de la responsabilidad persiguiendo la protección de los bienes sociales de los acreedores del socio.

Ha mutado el concepto de tipicidad societario de la total rigidez a un sistema más laxo con respecto a los vicios u omisiones resguardando los elementos esenciales del contrato que sostienen la protección de los terceros, se ha flexibilizado la sección IV adecuándola a los lineamientos del CCC que es de aplicación subsidiaria.

En caso de violación de la tipicidad o la adopción de un tipo no previsto por la ley, se la sanciona al rechazar la inscripción y se convierte en una simple sociedad regulada en la sección IV LGS.

DE LOS APORTES

Para sustentar la existencia de una sociedad y mantener esa personalidad diferenciada, es necesario que tenga un capital social propio, que será integrado por los aportes que realicen los socios sea al momento de la constitución o del aumento del capital.

Se entiende por aporte la prestación de un servicio (obligación de hacer) o la entrega de un bien o un derecho (obligación de dar) que se convierte en el elemento económico para el cumplimiento del objeto.

Los socios pueden aportar todo tipo de cosas que tengan un valor pecuniario (art. 38 LGS), claro que, con las limitaciones de la ley, como en las sociedades donde se limita la responsabilidad de los socios, los bienes o derechos a ser aportados deben ser pasibles de ejecución forzada (esto es que puedan ser exigidos judicialmente, art. 39 LGS) y tampoco se pueden realizar obligaciones de hacer, las mismas serán tratadas como prestaciones accesorias (art. 50 LGS) y no integrarán el capital. En las sociedades unipersonales el aporte deberá ser integrado totalmente en el acto constitutivo (art. 187 LGS).

La ley presume que los bienes aportados lo son en propiedad, cuando se pretenda solamente aportar el uso y goce del bien debe estar establecido en el contrato para las sociedades en que hay socios con responsabilidad ilimitada, solidaria y

subsidiaria (art. 45 LGS) y en las sociedades donde se limite la responsabilidad de los socios serán consideradas prestaciones accesorias (art. 50 LGS).

El criterio adoptado por el legislador permite unir el aporte con la actividad económica, pero no se atiende solo a la obtención de lucro, lo que permite integrar bajo la órbita de la ley a esas sociedades que solamente se dedican a la administración o conservación de bienes o de investigación, tal como lo expresa la exposición de motivos.

Establece la ley que la principal obligación de los socios es la de realizar los aportes con la finalidad de aplicarlos a la producción de bienes o prestación de servicios.

También esta terminología no solo nos habla de la modernidad de los términos, si no del acercamiento que hace el legislador al criterio de empresa, dada la importancia de esta última en el ámbito económico actual.

Siendo el aporte uno de los elementos esenciales para la existencia de la sociedad, conforma el capital, que lo hace con la suma de todos los aportes y es prenda común de los acreedores, determina la calidad de socio que le permite participar en las deliberaciones sociales y fija el límite de su responsabilidad.

PRODUCCIÓN E INTERCAMBIO DE BIENES Y SERVICIOS

Con esta parte del concepto se determina el principio de especialidad las distintas maneras de cumplir con el fin para que fueran creadas.

- a) La producción de bienes, lo que la vieja doctrina denomina industria de fábrica.
- b) El intercambio, la principal actividad económica en el mercado moderno.
- c) Se autoriza a las sociedades a prestar servicios a través de quien las represente.

DE LOS BENEFICIOS Y LAS PÉRDIDAS

Concluye el artículo con una explicación para gozar de los beneficios o soportar las pérdidas, concepto que nos lleva al criterio de empresa, como actividad riesgosa.

Habla de beneficios, no de ganancias, dado que el último término nos da idea de que son sumas líquidas y realizadas, en cambio, el primero, nos permite pensar con un criterio más amplio y admitir hasta los derechos como generadores de ventajas para la sociedad, aunque no sean estrictamente económicas o generen réditos a futuro.

En el concepto de la ley es lo que determina la actividad económica que utiliza una fórmula que permite incluir una actividad que no redunde en beneficios económicos, como serían las sociedades que se dediquen a la administración o se constituyan con las características del art. 3 LGS.

Cuando la actividad no sea rentable la sociedad se enfrentará a las pérdidas que serán soportadas en la forma dispuesta en el contrato constitutivo y conforme a lo dispuesto en el tipo social adoptado.

LA CUESTIÓN DEL *AFFECTIO SOCIETATIS*

Se entiende por *affectio societatis* el deseo de crear o incorporarse a una sociedad o mantenerse como socio en esta, algo similar a la exigencia que tiene el contrato de matrimonio con la *affectio maritalis*.

Si pensamos en un paralelismo: ambas instituciones están basadas en contratos que involucran relaciones personales, la voluntad de asociarse, de colaborar en forma activa bajo un plano de igualdad de los socios, con continuidad en el tiempo, sus miembros buscan el cumplimiento de un objeto determinado para el beneficio de los integrantes. El deseo o el afecto es lo que mantiene viva a la sociedad.

La inclusión del afecto societario en el concepto de sociedad es esencial, aunque haya quien lo critique como elemento del contrato, algunos juristas sostienen que el *affectio* es necesario en todo contrato, nadie hace un negocio sin el deseo de hacerlo.

Es necesaria la inclusión del *affectio societatis* en el concepto de sociedad y como parte del art. 1 LGS, dada la complejidad del contrato plurilateral de organización adoptado.