

CONCEPTUALIZACION LEGAL DE LA SOCIEDAD EN EL SIGLO XXI**Elianne ESTECHE DE F.***

Resumen: El Derecho Societario como parte integrante del Derecho Mercantil responde a lo largo de su evolución a las exigencias del tráfico comercial, y en aras de cumplir con las necesidades del operario comercial, motiva cambios y transformaciones sustanciales de sus instituciones. Una de ellas, la Sociedad, la cual considerada en sus orígenes normativos como contrato bilateral, en el siglo XXI la tendencia hacia la flexibilización da apertura a una concepción diferente, la cual invita a rediseñar un concepto de sociedad acorde con la realidad planteada por la doctrina e incorporada en algunos ordenamientos jurídicos.

Palabras claves: Conceptualizar, Sociedad, Contrato, Persona Jurídica.

Abstract: Since its evolution the Corporate law, as a very important aspect inside commercial law, has answered to the requirements of the commercial business and especially to the necessities of the commercial operators, motivating different adjustments and substantial transformations for its institutions. One of them, the Society, considered since its regulatory origins as a bilateral contract, nowadays in the XXI century it is changing towards a new perspective which invites to redesign a new concept of Society according with the reality exposed by the doctrine and incorporated in some legal systems.

Key words: Conceptualization, Society, Contract, Legal Entity.

I. INTRODUCCION

Compartiendo la opinión de José De Eizaguirre, “un error muy común en el enfoque del Derecho de sociedades, constituye partir de la cúspide y no de la base; del supuesto más complejo y no del más sencillo”.¹ En este sentido, sin querer llegar a los orígenes más profundos de la sociedad, en los cuales su condición de negocio contractual no está perfectamente aclarado, siendo según afirma Sara Bialostosky,² el resultado de un proceso formativo, la sociedad (societas) como figura contractual aparece en el Derecho Civil, como un contrato consensual, bilateral o plurilateral, que no produce efectos frente a terceros, en virtud del cual dos o más personas (socii) se obligan a poner en común bienes y actividades y al reparto de ganancias y pérdidas, según una proporción establecida.³

Teniendo en cuenta que la sociedad romana no era una persona jurídica, la única eficacia jurídica

* Abogada. Especialista en Derecho Mercantil mención “Sociedades”, Universidad de los Andes-Venezuela. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Mercantil, Universidad de La Rioja-España. Doctora en Derecho, Sobresaliente Cum Laude, Universidad de La Rioja-España. Profesora Titular de Pregrado y Postgrado en Derecho Mercantil de la Universidad de los Andes-Venezuela. Correo: eestecche@hotmail.com Agradecimiento al Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico, Tecnológico y de las Artes de la Universidad de Los Andes, por financiar esta investigación (Proyecto D-460-14-09-B).

1 DE EIZAGUIRRE, José. “La Subjetivación de las sociedades de personas”. AAVV: Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Vol. I. Capítulo 5. Editorial McGraw-Hill. Madrid: 2002, p. 121-148.

2 BIALOSTOSKY, Sara. “Antecedentes de las sociedades mercantiles en Derecho Romano”. Tomado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/74/dtr//dtr2.pdf>

3 ARANGIO, Vicente. La società in diritto romano, 1950. Reimpresión. Nápoli: 1965, p. 63. Citado por PARICIO, Javier. “El contrato de sociedad en Derecho Romano”. AAVV: Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Vol. I. Capítulo 18. Editorial McGraw-Hill. Madrid: 2002, p. 408-409.

era la estrictamente obligacional,⁴ los terceros únicamente se relacionaban con el socio que celebraba con ellos un negocio y los efectos fructuosos o infructuosos de cada negocio repercutían, en primer término, en el patrimonio del socio que lo había llevado a cabo, teniendo éste a su vez el deber de distribuir ganancias o en su caso sacrificar parte proporcional de las pérdidas.⁵

Bajo este contexto se agregó a las primeras codificaciones civiles del siglo XIX como modelo primario,⁶ expandiéndose notablemente por los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, prontamente los cambios comenzaron a suscitarse en un proceso evolutivo que demuestra cada día el carácter dinámico propio del Derecho de Sociedades, que requiere mantener unión permanente entre norma y realidad, a fin de evitar los constantes conflictos presentes en aquellos sistemas que se rehúsan avanzar hacia la exigida armonización legislativa, y si esta requiere de una revisión constante de lo que debe considerarse como concepto de sociedad, debe hacerse, en tanto la evolución misma del Derecho Societario motiva también la evolución de sus instituciones. Lo cual particularmente en esta rama del Derecho Privado es casi obligatorio, debiendo reconocer en la sociedad una concepción tradicional o clásica que marca el origen y una concepción moderna que determina su avance, que sin destruir la anterior la flexibiliza, la adapta a las nuevas exigencias.

Si bien es cierto, los mayores cambios lo han experimentado las sociedades de capital con normas legales surgidas incesantemente en la segunda mitad del siglo XX, como lo afirma Font Galán y Pino Abad,⁷ es necesario entender que afectan a todo el sistema societario en tanto ellas son parte del mismo.

II. LA SOCIEDAD EN DERECHO ROMANO

En la época romana, la función del contrato era engendrar una sociedad; no puede haber sociedad sin contrato. El contrato es el único procedimiento jurídico apto para crear una sociedad.⁸ Específicamente un contrato bilateral en el cual cada contratante negocia con el resto considerado como unidad.⁹

Dentro de las características fundamentales de este contrato, destaca la creación de vínculos obligacionales entre los socios únicamente, no producía efectos sociales o efectos frente a terceros.¹⁰ La *societas* tenía simplemente relevancia interna, es decir, asumía una estructura interna solamente. Se circunscribía a la relación entre los socios individualmente considerados sin ningún reflejo hacia el exterior, ya que la finalidad perseguida no rebasaba la esfera estrictamente individual de cada uno,¹¹ los socios se relacionaban con los socios individualmente considerados,

4 GARCÍA-PITA, José. "Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades". En: Cuadernos de Derecho y Comercio. Nº 33. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Madrid: Diciembre, 2000, p. 78.

5 BIALOSTOSKY, Sara. ob. cit., p. 200.

6 DE EIZAGUIRRE, José. "La Subjetivación de las sociedades de personas". ob. cit., p. 121-148.

7 FONT, Juan y PINO, Manuel. "La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad". AAVV: Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero. Vol. I. Capítulo 23. Editorial McGraw-Hill. Madrid: 2002, p. 541-607.

8 CERVANTES, Manuel. "Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica". p. 117. Tomado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revenj/cont/21/dtr/dtr5.pdf>

9 MORLES, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. Tomo II. Las sociedades mercantiles. Cuarta edición. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: 1998, p. 767.

10 MARTÍ, Jesús. "El contrato de sociedad en el derecho codificado español, con especial referencia al código civil". En: Revista de derecho mercantil. Número 193-194. Imp. Aguirre. Madrid: julio-diciembre 1989, p. 702.

11 ORTUÑO, María. "La intransmisibilidad de la posición jurídica de socio en el contrato de sociedad". En: Revista crítica de Derecho Inmobiliario. Año LXX. Número 621. J. San José, S.A. Madrid: marzo-abril 1994, p. 514.

aun cuando los resultados de esta relación se comunicara al resto de los socios -también individualmente considerados- en virtud del vínculo obligacional existente entre ellos.¹² Había una consideración especial de los sujetos contratantes y su relación *intuitu personae* conllevaba a que el contrato se circunscribiera al ámbito estricto de los socios.¹³

En este sentido, por "sociedad", en Derecho romano, se entendía: "...al negocio jurídico llamado sociedad ("contrato" de sociedad) y la relación jurídica que surgía de dicho acto entre los socios (individualmente considerados). No se originaba la relación jurídica entre los socios o el conglomerado de socios, socialmente considerados ni la relación jurídica de estos últimos unidos en todo caso frente a terceros, la sociedad como ente organizado o en su vertiente o perspectiva de organización que reúne a todos los socios, es decir, los socios reconocidos en una unidad social o grupo, generando obligaciones sociales. Por tal motivo, no existía la sociedad como un sujeto autónomo, y mucho menos con estructura externa con capacidad para contraer derechos y obligaciones, como una persona jurídica".¹⁴

III. TEORIAS QUE NIEGAN CARÁCTER CONTRACTUAL A LA SOCIEDAD

Durante la edad media, se originaron los primeros contratos de sociedad en nombre colectivo (siglo XIII), cuando las familias residentes en las grandes poblaciones consagran a la industria su patrimonio hereditario *pro indiviso*.¹⁵ Estos contratos, si bien fueron creados con la estructura de la *societas* romana, se distinguían en varios aspectos: "Entre ellos se tiene que se instauraron con una responsabilidad común, solidaria de los socios frente a terceros, lo cual estaba ausente en el contrato de sociedad del Derecho romano. Se unificaba a los socios en una razón social, colocando en ella los nombres de todos, lo cual servía para actuar bajo un nombre que los identificaba a través de ella, y para responsabilizar a los socios que permitieran que apareciera en dicha razón social su nombre, por las operaciones que se realizaran con terceros".¹⁶

Estas modificaciones, comenzaron a motivar la exteriorización de la sociedad a través de la razón social, formándose los primeros cimientos del efecto externo del contrato. Los socios no solamente van a considerarse de forma individual sino también de forma social, como grupo organizado. En este sentido la sociedad produce dos efectos, uno en la vertiente obligacional (contrato) y otro en la vertiente organizacional (institución), originándose relaciones obligatorias entre los socios, y relaciones obligatorias entre los socios en sociedad, y en este último caso, dichas relaciones podían ser reconocidas por terceros, produciendo la atribución de personalidad jurídica al ente societario.¹⁷

12 PINO, Manuel. "La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas". En: Cuadernos de Derecho y Comercio. Número 29. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio. Editorial Dykindon, S.L. Madrid: Septiembre 1999, p. 186.

13 ESTECHE, Elianne. Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano. Universidad de Los Andes. Ediciones del Rectorado. Talleres Gráficos Universitarios. Centro de Estudios Rurales y Andinos (CERA). Mérida: 2007, p. 197.

14 Ídem.

15 SCAEVOLA, Quintus. Código Civil. CONTINUADO POR JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS CON LA COOPERACIÓN DE MANUEL BATLE VÁZQUEZ Y FRANCISCO BONET RAMÓN. Tomo XXV. Primera parte. Primera edición. Editorial Reus (S.A.). Madrid: 1933, p. 324.

16 GONZÁLEZ, José M^a. "Los criterios del Derecho español sobre la distinción de sociedades mercantiles y sociedades civiles y sus consecuencias prácticas". En: Revista de derecho mercantil. Número 59. Madrid: 1956, p. 52.

17 ESTECHE, Elianne. Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano. ob. cit., p. 233, 234.

Igualmente hace su aparición la *Comenda* caracterizada por la existencia de un socio capitalista –oculto o no- que proporcionaba capital, para la conducción de negocios comerciales, llevados o realizados por un <<Gestor>>, constituyendo una forma sencilla de organización de capital y trabajo.¹⁸

Sin embargo, destaca en esta época la sociedad anónima, integrada únicamente por socios capitalistas, durante los siglos XVII y XVIII, el desarrollo de la sociedad institucionalmente, así como la atribución de la personalidad jurídica -una vez que se reconocía que en el contrato de sociedad podían haber más de dos partes y que tenía la posibilidad de generar un ente distinto de sus socios y que además tuviera la posibilidad de actuar frente a terceros con una capacidad jurídica para contraer obligaciones y derechos-, ocasionaron que la llamada tesis contractualista, predominante hasta el siglo XIX, producto del Derecho romano, fuese alterada.

En este sentido, la doctrina comenzó a debatir en torno a la estructuración jurídica de la sociedad en función del contrato bilateral -presente en la codificación francesa, que unificó a todas las sociedades en una misma definición, destacando la celebración de un contrato en el origen de las relaciones jurídicas entre los socios, en tanto, no se obtuvo un reconocimiento expreso de la personalidad jurídica,¹⁹ surgiendo teorías que negaron la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad.

Entre ellas, la Teoría del Acto Complejo de Kuntze (1892), según la cual “las voluntades individuales no sólo son interdependientes y juegan unidas sino que se funden en una sola y misma voluntad, no habiendo por lo tanto ni siquiera contrato”.²⁰ Entendiendo que en el contrato las partes tienen intereses contrapuestos, mientras que en la sociedad los intereses son concurrentes.

Más tarde, Gierke (1895), tiende a eliminar de la sociedad el elemento contractual, para ver en ella únicamente una persona jurídica. Para él “el acto constitutivo de la *societas* no puede ser un contrato, porque el contrato solo engendra derechos y obligaciones entre los contratantes; pero no puede tener la virtud de crear un nuevo ser jurídico, una persona moral, distinta de la personalidad de los socios”.²¹ De esta forma, “partiendo de la insuficiencia explicativa del contrato, sobre todo respecto de terceros y de los socios frente a la corporación elabora la teoría denominada “del Acto Social Constitutivo”, que es la culminación de la idea de Kuntze”.²² De acuerdo con esta teoría, la sociedad no sería un contrato sino que tendría el carácter de un acto unilateral constituido por la expresión de las voluntades de los socios dirigidas a la creación de una persona distinta de ellos.²³

Otra de las teorías fue la del Acto Colectivo, sostenida en Alemania por Witte y en Italia por Messineo, partiendo de la distinción que el Derecho germánico efectúa entre sociedad de personas y sociedad de capitales. “Considerando que son personas jurídicas únicamente las segundas,

18 GARCÍA-PITA, José. “Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades”. ob. cit., p. 81.

19 El legislador francés continuaba anclado en la concepción romanista de la sociedad, por una parte; y por otra existía temor y recelo político hacia la unión de personas cualquiera que fuese el fin para el que se hubiera constituido.

20 CAMBIASO, Juan. “Naturaleza jurídica del contrato de sociedad”. p. 106. Tomado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/35/la-naturaleza-juridica-del-contrato-de-sociedad.pdf>

21 CERVANTES, Manuel. “Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica”. ob. cit., p. 120.

22 CAMBIASO, Juan. “Naturaleza jurídica del contrato de sociedad”. ob. cit. p. 106.

23 MORLES, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. ob. cit., p. 768.

pretenden que las relaciones no se establecen entre los participantes, sino entre el organismo que se crea y cada uno de los fundadores, por medio de un acto conjunto o colectivo”.²⁴

Asimismo, autores italianos, Soprano y Salandra, llegaron por esta vía a una solución mixta, aplicando la teoría del acto complejo a las relaciones de la sociedad con terceros y sosteniendo el contrato para explicar el vínculo entre los socios.²⁵

IV. EL CONTRATO PLURILATERAL DE ORGANIZACION DE ASCARELLI

Incorporada en la reforma italiana por el Código Civil de 1942, surge la Teoría del Contrato Plurilateral, formulada por Ascarelli, según la cual la sociedad está incluida en la subcategoría de los contratos plurilaterales.

Ascarelli²⁶ afirmaba que “la doctrina siempre examinó algunos problemas (por ejemplo, el de la *exceptio inadimpleti contractus*) en relación con los cuales algunas reglas de los contratos parecían de difícil aplicación al contrato de sociedad”. Encontrando para el autor la solución del problema “distinguiendo en la categoría de los contratos, una sub-especie que se podría denominar del *contrato plurilateral*, tomando en cuenta sus características formales. Esta categoría se distingue: a).- por la posibilidad de la participación de más de dos partes; b).- por el hecho de que en relación con todas esas partes, del contrato por un lado derivan tanto obligaciones, cuanto por otro, derechos.

Resulta relevante que siendo por lo común más de dos las personas que intervienen o participan en la perfección del contrato, sin embargo, no se contraponen en partes enfrentadas -*contra partes*-, sino que, por el contrario, convergen como *co-partes* (realmente como <<compañeros>>) en un mismo proyecto y fin económico.²⁷ Cada parte contratante tiene frente a sí, simultáneamente tantas partes como socios, sin alterar su subsistencia permitiendo la adhesión de nuevos socios y la salida de los existentes.

Por otra parte, se agrega como típico que el contrato plurilateral sea de organización, no hay cruzamiento de prestaciones que es característico de los contratos de cambio, además en los contratos de organización se crea generalmente una personalidad jurídica que persiste después y a causa de la realización de las prestaciones y éstas a que cada socio está obligado conducen todas a la formación de un nuevo patrimonio que pertenece al ente jurídico constituido.²⁸

A partir de aquí, como menciona Font Galán y Pino Abad, “paulatinamente, las teorías negadoras de la naturaleza contractual del acto constitutivo de la sociedad cedieron ante la realidad del Derecho positivo y terminó por imponerse la tesis de la naturaleza contractual de la sociedad, si

24 Ídem.

25 CAMBIASO, Juan. “Naturaleza jurídica del contrato de sociedad”. ob. cit., p. 107.

26 ASCARELLI, Tullio. El contrato plurilateral. Traducción de René Cacheaux Sanabria. Editorial JUS. Colección estudios jurídicos. México: 1949, p. 7, 8.

27 FONT, Juan y PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”. ob. cit., p. 541-607.

28 BARBOZA, Ely. “personalidad jurídica de las sociedades irregulares en el derecho venezolano”. En: Jornadas de derecho mercantil. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas: Julio-1978, p. 410.

bien matizada por la existencia de ciertas peculiaridades en el contrato social que lo identifican muy singularmente y lo diferencian respecto de los contratos ordinarios de intercambio”.²⁹

V. TESIS DE GIRON TENA-CANDIDO PAZ ARES

De esta pequeña trayectoria en la evolución de lo que se ha considerado como sociedad (ya sea que en oportunidades se refiera al origen y en otros al efecto) debe incorporarse la tesis planteada por José Girón, seguida más tarde por Cándido Paz-Ares, quienes afirman que “la sociedad es la unión de personas fundada mediante negocio jurídico para la promoción de un fin común autónomamente determinado y con una adecuada organización jurídica”.³⁰ De acuerdo con él, constituyen sus elementos: el origen negocial de fundación, fin común y promoción por los socios (del fin común) valiéndose de una organización jurídica adecuada.³¹

Dicho concepto de sociedad propuesto por esta corriente doctrinaria, es lo que consideran un concepto amplio o genérico de sociedad aplicable a todas las asociaciones, constituyendo la base del sistema societario, en tanto fundamentan en él la autonomía del Derecho Societario. Al mismo tiempo, reconocen un concepto “restringido” (tipo) de sociedad, que es la sociedad-contrato.

Debe destacarse que el concepto amplio de sociedad está caracterizado por la supresión del elemento del “ánimo de lucro”, que quedaría sustituido por el criterio -más amplio- de la “promoción colectiva de un fin común”; así como la enfatización del “aspecto organizativo” de la sociedad; es decir, de la “Sociedad” como “organización”, respetando el lucro para la sociedad tipo o sociedad en sentido restringido.³²

En palabras de Cándido Paz-Ares, “se trata de prescindir drásticamente del concepto de sociedad sobre bases causales. El concepto de sociedad ha de construirse sobre bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”.³³ De ahí que la sociedad en sentido restringido, de estructura contractualista, solamente sería la sociedad civil como sociedad tipo.

En todo caso, la base del planteamiento propuesto en primer lugar, está dirigida a una nueva y moderna interpretación siguiendo las pautas de los ordenamientos más progresivos, en particular del Derecho alemán, en el cual la Sociedad tiene un doble contenido legislativo: de un lado, es cualquier clase de figura asociativa de nacimiento negocial, y, en consecuencia, susceptible de subsumir, con independencia de la idea de finalidad lucrativa, cualquier agrupación con comunidad de fines y medios, si no cae bajo otro concepto legal específico, y además funciona como regulación subsidiaria de la reglamentación que a esas figuras concretas corresponda.³⁴

29 FONT, Juan y PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”. *ob. cit.*, p. 541-607.

30 GIRÓN, José. “Sobre los conceptos de Sociedad en nuestro Derecho”. En: *Revista de Derecho Privado*. Tomo XXXVIII. Madrid: 1954, p. 369-403.

31 ESTECHE, Elianne. *Visión actual de la sociedad en el sistema español de derecho societario. Aplicabilidad al sistema venezolano*. *ob. cit.*, p. 117.

32 VICENT, Francisco. *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant Lo Blanch. Valencia: 1998, p. 181.

33 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. *AAVV: Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios Homenaje a José Girón Tena*. Editorial Civitas. Madrid: 1991, p. 732.

34 GIRÓN, José. *Derecho de Sociedades Anónimas*. Universidad de Valladolid. Publicaciones de los seminarios de la Facultad de Derecho. Valladolid: 1952, p. 73.

Finalmente, si bien es cierto la tesis permanece en el ámbito de doctrina, debe recordarse, que la influencia del Derecho alemán en las primeras etapas de formación del Derecho europeo de sociedades trajo consigo que buena parte de los Estados miembros terminaran importando sin restricciones especiales el modelo germánico... Al mismo tiempo, dicha influencia germánica permitió establecer un ambicioso programa de armonización societaria que comprendía todos los aspectos esenciales del régimen jurídico de la sociedad anónima, desde su constitución hasta su extinción, pasando por el régimen del capital, los órganos sociales, las modificaciones estructurales, así como su integración en un grupo de empresas.³⁵

Aparte de esto, la aparición de las Agrupaciones de Interés Económico, como sociedades “sin ánimo de lucro”, ha llevado a Cándido Paz Ares a afirmar que “el esfuerzo del profesor Girón no ha sido baldío”.³⁶ En el mismo sentido manifiesta José Embid, “la progresiva pérdida de significado del “ánimo de lucro” o del “fin de lucro” a la hora de integrar, en la actualidad, el concepto de sociedad mercantil, para el que resultaba, aparentemente esencial”.³⁷

VI. DEBILIDAD DE LA TESIS CONTRACTUALISTA

La transformación del Derecho Societario, sigue implicando cambios sustanciales. La aparición de nuevas y modernas tipologías societarias ha originado un giro de 180 grados dejando a un lado la tesis contractualista incorporada desde las primeras codificaciones civilistas. La noción de contrato, o de agrupación de personas como indispensable para la génesis de una sociedad, ha sufrido una profunda modificación. “La recepción por parte de numerosísimas legislaciones de la sociedad unipersonal, ha puesto en crisis a la teoría contractualista que ha cedido el paso a estas nuevas formas, dando lugar a la teoría de la institución como técnica de organización, finalidad que se cumple sin la necesidad de concurrencia de dos o más personas a través de un contrato, sino de una voluntad -en este caso unipersonal- que organice una actividad productiva”³⁸.

Siendo su principal exponente Maurice Hauriou, la Teoría de la Institución, alejándose del principio contractualista, considera a la sociedad como una institución más que un contrato, una especie de relación sustantiva o negocio jurídico que no requiere de toda la necesidad de la naturaleza contractual.³⁹ La sociedad nace sin duda de un acto jurídico voluntario, pero es dudoso que este acto sea un contrato.

Joaquín Garrigues, ha reconocido, que después de haber engendrado la sociedad, el contrato desaparece de la escena dejando paso a lo que con acierto se ha llamado “un mecanismo jurídico”, mencionando: “...la noción del contrato se esfuma a partir del momento en que, adquirida la personalidad jurídica, la relación contractual originaria se convierte en relación corporativa. Es cierto que en su origen hay un acuerdo de voluntades que llamamos contrato. Pero los actos que

35 EMBID, José. “Pasado, presente y futuro del derecho europeo de sociedades”. En: Revista *Ius et Praxis*. Año 19. Nº 1. 2013, p. 303–328. Tomado de: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000100009

36 PAZ-ARES, José. “Ánimo de lucro y concepto de sociedad”. ob. cit., p. 732.

37 EMBID, José. “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”. En: Revista Valenciana de Economía y Hacienda. Nº 7. 1/2003. Generalitat Valenciana. Valencia: 2003, p. 82.

38 RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. En: Ensayos de Derecho Empresario. LUISA BORGARELLO-EFRAIN HUGO RICHARD. Fundación para el Estudio de la Empresa (Fespresa). Nº 9. Córdoba: 2015, p. 55-86.

39 DASSO, Ariel. “Unipersonalidad Societaria y Ley Concursal”. Citado por: RASPALL, Miguel. “Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración”. ob. cit., p. 55-86.

después se realizan a lo largo de la vida de la sociedad, no son actos de ejecución de ese contrato, sino una actividad compleja, imposible de quedar prevista de antemano y distinta en cada caso, tendiente a dar cumplimiento al objeto social, que fue solo determinado de un modo genérico en el contrato. Esta actividad ulterior no se regula, ni podrá regularse, por normas contractuales. Se regula por normas estatutarias y conforme a un sistema peculiar que impide a cualquier socio oponerse arbitrariamente a la consecución de los fines sociales (régimen de mayorías). Estas mayorías que teóricamente encarnan no la voluntad contractual sino la voluntad de la persona jurídica engendrada por el contrato, serán las que decidan sobre los asuntos importantes en la vida de la sociedad, entre los cuales destaca la posibilidad de modificar los primitivos estatutos, sin contar con la voluntad de los que por vía de contrato los crearon”.⁴⁰

Sin embargo, la tendencia moderna rechaza incluso la relación contractual originaria de la que habla Joaquín Garrigues, originándose la sociedad (institución) de una declaración unilateral de voluntad, conformando una sociedad de socio único. Alfredo Morles citando a Enrique Zaldivar afirma que esta moderna concepción jurídica se abrirá paso como lo ha hecho en el Derecho europeo: “Respaldan nuestra creencia diversos motivos: primero, que interpreta adecuadamente bajo el punto de vista jurídico una evolución de las sociedades comerciales que rebasa los estrechos límites de las concepciones contractualistas; segundo, que se adapta al cambio de la coyuntura económica de la segunda mitad del siglo XX, caracterizada por la decadencia del sistema capitalista liberal; tercero, que permite, sin violentar ostensiblemente nuestras estructuras jurídicas, ajustar la actividad de las sociedades comerciales a los intereses de la comunidad en la cual éstas se desenvuelven”.

La Duodécima Directiva del Consejo de las Comunidades en materia de sociedades consagrando la sociedad de responsabilidad limitada de socio único, reconoce “la concreción legislativa de la adaptación del Derecho de Sociedad, a la realidad económica. La consagración de la Sociedad Unipersonal no es sino la consecuencia lógica de los nuevos fundamentos del moderno Derecho de Sociedades”.⁴¹

De esta forma, la sociedad unipersonal actualmente no tiene únicamente una tipicidad social - como menciona la Comisión reformadora en los Fundamentos del Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de 1998 en Argentina-; sino un reconocimiento legal (Suiza, Austria, Checoslovaquia, Liechtenstein, Dinamarca, Holanda, Portugal, Bélgica y Luxemburgo, siendo lícitas en el derecho inglés para las *Public* y las *Private company*, incluso por las Directivas de la Comunidad Económica Europea).⁴²

VII. SOCIEDAD-PERSONA JURIDICA

En pleno siglo XXI, llama la atención la calificación legal de la sociedad como persona jurídica en ciertos ordenamientos jurídicos, evitando su consideración como contrato incluso como contrato plurilateral de organización, mencionando “la sociedad es una persona jurídica...”.

40 GARRIGUES, Joaquín. Curso de derecho mercantil. Editorial Porrúa. México: 1977, p. 330 331.

41 GORDON, Ana y LÓPEZ, Ricardo. Análisis de la Duodécima Directiva del Consejo: La sociedad de Responsabilidad limitada de socio único. Noticias/C.E.E. Graduados en Derecho Comunitario Europeo. Universidad de París. CiSS. p. 65.

42 RICHARD, Efraín. “Sobre la reforma en el Proyecto de Ley General de Sociedad a las sociedades constituidas por un único socio o devenidas en unipersonales. En: Doctrina Societaria y Concursal. “Proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial”. Ed. Errepar. Buenos Aires: septiembre 2012, p. 14.

A modo de recordatorio, si bien el concepto de persona jurídica es una elaboración de los juristas decimonónicos (en particular de los alemanes), incorporándose a los textos legislativos a partir de la mitad del siglo pasado, amplias discusiones se han ocasionado en doctrina sobre la noción de persona jurídica, en torno a los entes colectivos a los cuales se asigna esa cualidad; y con los individuos o grupos de individuos a los cuales se otorga o reconoce la personalidad jurídica, además de las condiciones o presupuestos para tal reconocimiento, como menciona Alfredo Morles.⁴³ En este sentido las teorías incorporadas en los respectivos ordenamientos jurídicos van desde el reconocimiento de personalidad hasta el otorgamiento de dicha personalidad a las sociedades.

La Teoría de la ficción, sostenida por Savigny, considera persona a todo ente capaz de obligaciones y derechos; sólo los entes dotados de voluntad pueden tener derechos; en consecuencia, la subjetividad jurídica de las personas colectivas es el resultado de una ficción, pues tales entes carecen de albedrío. En otras palabras, el Estado sabe que tales supuestos no son portadores de una auténtica voluntad propia, pero sin embargo *finge* que la tienen, reconociéndoles capacidad (es decir, la posibilidad de ser titulares de relaciones jurídicas) en el ámbito de sus fines.⁴⁴

La Teoría de la realidad, también llamada Teoría orgánica, propia de Beseler y Gierke, afirma que las personas jurídicas son realidades sociales que se manifiestan de modo evidente y a las cuales hay que reconocer como personas, al igual que se hace con los seres humanos. El cumplimiento de formalidades para la adquisición tiene efectos simplemente declarativos, ya que la ley no crea sino que declara existente a la persona, la reconoce como tal. En este sentido, solamente los seres dotados de propia voluntad pueden ser considerados titulares de derechos subjetivos. La función del Derecho respecto de tales seres se reduce a un mero reconocimiento de tal realidad preexistente.⁴⁵

En todo caso, las teorías tradicionales, en virtud de las cuales las personas jurídicas son personas en sentido técnico, ya sea por concepción o reconocimiento, están siendo desplazadas por su consideración de personas sólo en sentido funcional.

En la actualidad se habla de una crisis del concepto de persona jurídica por cuanto su consideración como mero recurso técnico ha llevado a su utilización de forma abusiva, para otros fines distintos para los cuales fue creada. Joaquín Garrigues⁴⁶ ha destacado que el abuso de la personalidad jurídica es posible por el carácter instrumental que tiene su atribución, como medio técnico que el derecho ofrece para el logro de finalidades lícitas que los individuos por si solos no podrían conseguir. Y como medio técnico, simplemente permite la actuación unitaria de un colectivo para emprender actividades tendientes a la realización de un fin económico común.

La nueva orientación, confiriendo énfasis al aspecto funcional de la personalidad jurídica, concibe que la cualidad de persona jurídica no tenga otro interés que proteger a los terceros, siendo sus funciones generales dotar de domicilio, nacionalidad, capacidad y autonomía al ente jurídico societario.

Anteriormente se creía que gozar de personalidad jurídica implicaba en esencia la limitación de la responsabilidad patrimonial de los socios, y casi a modo de sanción impuesta por el legislador, la

43 MORLES, Alfredo. Curso de Derecho Mercantil. ob. cit., p. 788.

44 CAPILLA, Francisco. La Persona Jurídica. Funciones y disfunciones. ob. cit., p. 45.

45 Ídem.

46 GARRIGUES, Joaquín. Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Editorial Tecnos. Madrid: 1971, p. 121.

falta de personalidad jurídica era considerada como una irregularidad en algunos ordenamientos jurídicos, sin embargo, resulta fundamental distinguir claramente que “personalidad” no implica limitar responsabilidad sino dividir patrimonios⁴⁷ quedando afecto a los resultados de la actividad social. Incluso, es una decisión propia del socio o los socios, su exteriorización, en tanto, configura una necesidad “dar autonomía jurídica al ejercicio de la actividad de una o varias personas”.⁴⁸ Destacando en la actualidad que ni siquiera la pluralidad de individuos puede considerarse como presupuesto o condición necesaria para la personificación del ente societario. Así como tampoco la inscripción en los respectivos registros considerando que su falta debilita la protección a los terceros de quienes no depende la inscripción de la sociedad. Lo que significa, en definitiva, que una vez constituida la sociedad, tendrá personalidad jurídica, existiendo una identificación esencial entre la noción de sociedad y la de persona jurídica.

Bajo estos aspectos, propios de las nuevas reformas, destaca el comentario de José Botteri quien acertadamente resume en cuatro las notas esenciales que configuran una noción de sociedad:

“a) para ser sociedad, hay que ser persona. 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).

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.

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

d) para ser sociedad hay que tener por finalidad común la distribución de resultados entre los socios.⁴⁹

VII. CONSIDERACIONES FINALES

García-Pita citando a un abogado catalán-, decía que “la <<Sociedad>>, en el lenguaje jurídico, aún no había adquirido la precisión deseada”, agregando el autor “...y, ciertamente -a pesar del mucho tiempo transcurrido-, no parece que esa precisión se haya alcanzado todavía o, por lo menos, no parece que exista un generalizado asentimiento al respecto...”,⁵⁰ afirmación correcta si se toma en cuenta las páginas anteriores.

La tesis contractualista mayoritariamente aceptada por el legislador, identificada con la época romana, actualmente, es objeto de debates y argumentaciones que tratan nuevamente de desvirtuarla, considerando la evolución del Derecho Societario, sobre todo en función de la evolución de la sociedad anónima. Pero hay una razón que cobra mayor fuerza y es el simple hecho de que el contrato de sociedad del Derecho Romano no tenía como fin dar nacimiento a una persona

47 RICHARD, Efraín. “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

48 MORLES, Alfredo. ob. cit., p. 791, 792.

49 BOTTERI, José. “El nuevo concepto de sociedad”. En: Revista Argentina de Derecho Societario. Nº 12. Octubre 2015. Tomado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2181.pdf>

50 GARCIA-PITA, Francisco. “Reflexiones sobre el concepto de sociedad y el derecho de sociedades”. En: Cuadernos de Derecho y Comercio. ob. cit., p. 124.

jurídica, con lo cual a partir de ahí es razonable dudar si aquella sociedad (contrato) tiene alguna conexión con la sociedad (institución) actual.

Por otra parte, si bien, no es pertinente querer formular con carácter general, fundamentalmente desde las Leyes de Sociedad Anónima, el “moderno” concepto de sociedad mercantil, irreconocible en los códigos por cuanto desconectado del contrato originante e indiferente respecto al lucro social, como mencionan Font y Pino,⁵¹ así como indiferente a la pluralidad subjetiva a partir de la consagración legal de la sociedad unipersonal; tampoco parece acertado, que producto del fenómeno de la descodificación se reserve únicamente en el contenido de dichas leyes conceptualizaciones individualizadas de la sociedad de acuerdo a una tipología específica; además en el ámbito societario, la consagración del modelo de tipicidad ha recibido duras críticas que lo ven “como un régimen asociativo estático, poco adaptable a las exigencias del tráfico, alejado de los principios de libertad económica, y apegado a un mecanismo ineficaz de regulación de relaciones jurídicas”.⁵²

En otras palabras, si es imposible negar su condición de sociedad contractualista a la sociedad en nombre colectivo por ejemplo (sin olvidar el momento histórico de sus orígenes), tal condición para la sociedad anónima -que es la que ha evolucionado no solo a nuevas formas de constitución sino también de organización, de administración, etc.-, puede hacerse fácilmente. Si bien es cierto, no podría darse un concepto de sociedad en el siglo XXI como un ente contractualista, tampoco resulta correcto querer darlo solamente desde la perspectiva de la sociedad anónima.

En este sentido es significativo al momento de conceptualizar legalmente a la sociedad, tomar en cuenta ciertas consideraciones, en tanto la calificación de sociedad aplicada a ciertas instituciones está excediendo los límites legales del concepto propuesto hasta los momentos por el legislador. En este sentido, a fin de formular un concepto apropiado debieran considerarse varios aspectos.

En primer lugar: sobre el carácter contractual cabe preguntarse, si en verdad el acto constitutivo intrínsecamente considerado es contrato, por cuanto debiera prevalecer la autonomía de las partes, y no es así, en cuanto deben cumplirse ciertos requisitos impuestos por el Estado para considerarse constituida la sociedad regular o legalmente. Por ejemplo, como lo afirma Ricardo Olivera “la constitución de una sociedad anónima no es un acto libre y soberano de quienes se proponen desarrollar una actividad económica. Su consentimiento no es suficiente, sino que requiere de un consentimiento estatal posterior para que la sociedad resulte regularmente constituida”.⁵³ Cuando, como menciona el autor, “la constitución de una sociedad anónima no es un acto complejo de coparticipación público-privada, sino que supone la celebración de un negocio de derecho privado que debe de estar solamente sujeto al consentimiento lícito de las partes. De aquí que afirme: “La regulación de la anónima no se encuentra construida sobre un paradigma contractual sino sobre un paradigma institucional. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad no tiene en el acto constitutivo de las sociedades anónimas la misma dimensión y alcance que la ley le asigna en

51 Ídem.

52 MASFERRER, Luz. “Tipicidad societaria y relación asociativa en sociedades comerciales”. Universidad Nacional del Nordeste. Comunicaciones Científicas y Tecnológicas, 2006. Tomado de: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-s-048.pdf>

53 OLIVERA, Ricardo. “El sistema constitutivo de la anónima uruguaya y su incidencia en el funcionamiento societario”. Tomado de: <http://www.revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Olivera-Garcia-El-sistema-constitutivo-de-la-anonima-uruguaya-y-su-incidencia-en-el-funcionamiento-societario.pdf>

las restantes modalidades contractuales. El margen asignado por la ley y fundamentalmente por alguna doctrina y por la jurisprudencia administrativa a la libre decisión de los otorgantes del negocio resulta absolutamente residual, haciendo predominar el interés por contar con una regulación de la organización social objetivamente equilibrada por sobre el interés particular y específico de los otorgantes de ajustar el negocio social a sus especiales necesidades”.⁵⁴

En segundo lugar: resulta imposible actualmente desconocer como afirma José Embid,⁵⁵ el largo proceso que ha conducido a situar al elemento organizativo en núcleo esencial, del concepto de sociedad mercantil. Un proceso, en suma, según el autor, que atiende preferiblemente a los aspectos estructurales de la sociedad y que soslaya el propósito subjetivo de obtener beneficio y, en su caso, repartirlo, a la hora de integrar su concepto. En todo caso la devaluación del ánimo de lucro como elemento caracterizador de la institución <<sociedad>>, ha sido reconocida legalmente (Agrupaciones de Interés Económico), manteniendo la finalidad o intención lucrativa de los socios al momento de constituirse en sociedad como elemento caracterizador de una tipología específica.

En tercer lugar: si es considerado impropio de la teoría de las sociedades y de la tradición jurídica del contrato societario la incorporación de las sociedades unipersonales en su fase constitutiva, a lo que algunos consideran “cierto renacimiento de los postulados defendidos por la teoría del acto constitutivo unilateral”⁵⁶ la tendencia que cobra fuerza actualmente alega que debe distinguirse entre el acto por el cual se crea o se constituye una sociedad y la consecuencia jurídica del mismo, es decir, el sujeto que nace del acto celebrado.

En este sentido, el acto jurídico por el cual se crea una sociedad puede ser un acto unilateral o plurilateral, en todo caso en ambos el efecto buscado es constituir un ente distinto al socio o los socios. Y siendo que la consecuencia es una persona jurídica, ésta no se va a ver afectada ni cambia su condición, en tanto va permitir que el ente creado sea capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de la pluralidad o no de sus miembros. No se está modificando la naturaleza del acto jurídico por el cual se crea la sociedad-persona jurídica, sino que el acto podrá ser efectuado mediante declaración unilateral o plurilateral. En palabras de Fargosi: “...el hecho que una sociedad unipersonal no se origine en un contrato no cambia la naturaleza del acto constitutivo teniendo en cuenta que tanto el contrato como el acto unilateral de voluntad son subespecies del acto jurídico. Tanto una y otra buscan el efecto de constituir un ente y en el primer caso el ente en cualquier momento puede adquirir un sustrato pluripersonal. Según él “el problema de la pluralidad originaria o de la pluralidad subsistente no está afectando la naturaleza del acto constitutivo o la forma de interpretarlo sino que solamente está sincerando un fenómeno que se da todos los días, acerca del cual los abogados tenemos que hacer dibujos para sostener una subsistencia plural que no es tal en el momento de la constitución ni, sobre todo durante el momento de funcionamiento”.⁵⁷

54 Ídem.

55 EMBID, José. “Notas sobre el régimen jurídico de las entidades sin ánimo de lucro, su estructura interna y la responsabilidad de sus órganos gestores (especial referencia a las fundaciones)”. ob. cit., p. 83.

56 FONT, Juan y PINO, Manuel. “La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad”, ob. cit., p. 541-607.

57 FARGOSI, Horacio. “Anotaciones sobre la sociedad unipersonal”. En: La Ley. Concepto de sociedad comercial en el derecho moderno (comisión 1), pág. 19. Temas de Derecho Societario. Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Revista Lecciones y Ensayos. Club de Derecho de Buenos Aires. Ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1989 como contribución académica para el V Congreso de Derecho Societario. Edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal. 1990. Citado por: BAIGORRIA, Mariana y PEREZ, Eduardo. “Comentarios del Congreso de Derecho Societario en punto a la regulación de la limitación de la responsabilidad del empresario individual”. Tomado de:

Con el mismo argumento Efraín Richard sostiene que “...separado el mito dogmático entre el contrato de sociedad y la sociedad sujeto de derecho, no existe obstáculo para reconocer el negocio unilateral en la generación de una sociedad-sujeto”.⁵⁸ La consecuencia de celebrar un contrato de sociedad y la consecuencia de la declaración unilateral es la misma el nacimiento de un ente societario, llamado sociedad (institución). El querer del socio individual o de los socios en su conjunto es el mismo.

En cuarto lugar: si bien es cierto, desde el momento en que se reconoció personalidad jurídica a todas las sociedades mercantiles, los postulados clásicos en los que se sustentaba la atribución de personalidad jurídica, cambiaron, dejando de considerar esencial la limitación de la responsabilidad de los socios; así como la pluralidad de individuos no puede considerarse actualmente como un presupuesto o condición necesaria para la personificación del ente societario,⁵⁹ pues, tampoco considera un sector de la doctrina que la inscripción registral de la sociedad sea considerada como un requisito indispensable para que la sociedad alcance la condición de persona jurídica y, en cuanto tal, sujeto titular de derechos y obligaciones y centro de imputación de relaciones jurídicas.

En consecuencia, la nueva tendencia apoya “el otorgamiento de personalidad jurídica a aquellas realidades sociales -de naturaleza institucional, <<entitativa>> o agrupacional- que, a tenor de la finalidad que persiguen, considera necesario reconocer y potenciar como centro unitario de referencias múltiples”. La manifestación externa de la sociedad constituye un requisito imprescindible sin cuya concurrencia la sociedad no adquiere personalidad jurídica, obteniendo personalidad jurídica no por el hecho de la conclusión del contrato de sociedad mercantil, sino por efecto y desde el momento en el que se manifiestan frente a los terceros como tal sociedad.⁶⁰

Asumiendo como menciona Francisco Capilla,⁶¹ sobre la ausencia en el *Code* de las personas jurídicas, que “la prontitud del Código francés hace que éste sea previo y no pueda hacerse eco de la elaboración doctrinal del concepto moderno, que se produce precisamente a lo largo de todo el siglo XIX, particularmente en Alemania...” es entendible que las reformas posteriores hayan buscado su incorporación. Así consolidada la Teoría sobre la personalidad jurídica societaria actualmente se reconoce en todas las sociedades su carácter de personas jurídicas, desde el momento en que se manifiestan como sujetos de derecho, es decir, con nombre, domicilio, patrimonio, objeto, etc., los cuales siempre han sido la consecuencia directa de ostentar dicha cualidad.

Finalmente, la idea parte de la conceptualización legal de la sociedad. Si bien es cierto, la doctrina para comprender mejor su significado distinguía de acuerdo a lo previsto por el legislador -en tanto las reformas se sucedían con el correr del tiempo-, entre sociedad-contrato, sociedad-ente (consecuencia directa de la celebración del contrato) y sociedad-persona jurídica; en pleno siglo XXI

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/comentarios-del-congreso-de-derecho-societario-en-punto-a-la-regulacion-de-la-limitacion-de-la-responsabilidad-del-empresario-individual.pdf>

58 RICHARD, Efraín. “En torno a las sociedades unipersonales”. V Congreso de Derecho Societario. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa. Tomo I. Córdoba: 1992. Editorial Advocatus. Citado por: BAIGORRIA, Mariana y PEREZ, Eduardo. “Comentarios del Congreso de Derecho Societario en punto a la regulación de la limitación de la responsabilidad del empresario individual”. Tomado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/75/comentarios-del-congreso-de-derecho-societario-en-punto-a-la-regulacion-de-la-limitacion-de-la-responsabilidad-del-empresario-individual.pdf>

59 PINO, Manuel. . “La discutida personalidad jurídica de las sociedades mercantiles no inscritas”. En: Cuadernos de Derecho y Comercio. ob. cit., p. 200, 201.

60 *Ibidem*, p. 215 y ss.

61 CAPILLA, Francisco. “La Persona Jurídica. Funciones y disfunciones”. Editorial Tecnos. Madrid: 1984, p., 24.

dicha distinción no se corresponde con el contexto actual, o por lo menos perdura y adquiere relevancia la última, desplazando la concepción tradicional romanística, así como también, su condición de contrato plurilateral de organización. La nueva tendencia, rompe con esa concepción monolítica que cerradamente exclusiviza o monopoliza el contrato como única fuente negocial de la sociedad, en tanto, desde el punto de vista negocial, puede verse configurada, en su origen, como contrato o como negocio jurídico unilateral.⁶²

La tesis propuesta por Girón Tena y Cándido Paz-Ares, pareciera que cobra vida si se toma en cuenta que la sociedad concebida en sentido amplio incluye a todo el fenómeno asociativo, independientemente de las diferentes tipologías o las formas asociativas más diversas. Sin embargo, el planteamiento utiliza la norma legal, en función de una nueva interpretación que desprende de allí no solo la sociedad tipo sino también la sociedad general, lo cual para algunos autores “además de erosionar conceptualmente el instituto societario codificado, no siempre garantizan u adecuado y equitativo control jurídico...”,⁶³ por lo que, sigue siendo actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”.⁶⁴ Más bien, considerando las tipologías existentes, es que debiera elaborarse un concepto amplio de sociedad que permita abarcar a todas pero no por interpretación sino por determinación legal. Así el cambio sustancial efectuado en la legislación argentina “Ley de Sociedades Comerciales por Ley General de Sociedades” resulta acertado.

Resulta significativo para el Derecho Societario y específicamente para el Derecho Societario Latinoamericano, que partiendo de la tan anhelada armonización legislativa, se comenzara por esclarecer el concepto de sociedad, en tanto permitiría unificar el sistema e impulsar las próximas reformas, lo cual como consecuencia directa también lograría impregnar de unidad dogmática para Latinoamérica, que adolece de identidad en lo que respecta al concepto legal de sociedad.

El legislador chileno define a la sociedad directamente como persona jurídica, permitiendo la constitución unipersonal, en el Código de Comercio el cual fue modificado por la Ley N° 20190 de Sociedad por Acciones y por la Ley de Sociedades Anónimas N° 18046 actualizada en 2014, previendo: “la sociedad por acciones, o simplemente la sociedad, para los efectos de este Párrafo, es una persona jurídica creada por una o más personas mediante un acto de constitución.... (Artículo 424). Con respecto a la personalidad jurídica, las sociedades comerciales y las de responsabilidad limitada se constituyen por escritura pública y, según los casos, la sociedad no adquiere personalidad jurídica por otorgamiento específico del Estado. Basta cumplir los requisitos legales generales de constitución para que las sociedades adquieran personalidad jurídica ipso iure.

En el ordenamiento jurídico colombiano, según Rubí Jaramillo,⁶⁵ se tenía la concepción arraigada y permanente de constituir sociedad como un contrato, sin embargo, a partir de la Ley N° 222 de 1995 así como de la Ley N° 1014 de 2006 de Fomento a la Cultura del Emprendimiento y la Ley N°

62 FONT, Juan y PINO, Manuel. La relevante causa negocial de la sociedad. Una relectura (sólo) jurídica del concepto de sociedad, ob. cit., p. 541-607.

63 Ídem.

64 FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”. En: Código de Comercio, Hammurabi. Tomo I. Buenos Aires: 2005, p. 127. Citado por: RICHARD, Efraín. “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”. Tomado de: <http://www.eumed.net/eve/1dclf-pon.html>

65 JARAMILLO, Ruby. “Diferentes miradas sobre la sociedad por acciones simplificadas (sas) tras un nuevo conocimiento”. Tomado de: <https://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5104969.pdf>

1258 de 2008 sobre Sociedad por Acciones Simplificadas, esta noción fue modificada, consagrando la creación de la Empresa Unipersonal y la Sociedad Unipersonal. Aun cuando en lo que concierne a la personería jurídica se adquiere una vez realizado el registro en la Cámara de Comercio del domicilio de la sociedad.

Con respecto a la legislación argentina, con la unificación efectuada en agosto de 2015, a través de la Ley Nº 26994 que aprobó un nuevo Código Civil y Comercial, modificando la Ley de Sociedades Comerciales Nº 19550 por la Ley General de Sociedades, se admitió la posibilidad de constituir sociedades con limitación de la responsabilidad, con unisubjetividad o plurisubjetividad de integrantes.⁶⁶ Igualmente se estableció que todas las personas, 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 la componen...existiendo una identificación esencial entre la noción de sociedad y la de persona jurídica.⁶⁷ En todo caso, la existencia de las sociedades comenzará a regir a partir del momento de su constitución, y no cuando se aprueban y se inscriben los estatutos, adquiriendo personalidad jurídica desde el acuerdo de voluntades con prescindencia de la inscripción o autorización, en los casos en que así se determine legalmente.⁶⁸

En el régimen uruguayo al igual que el ecuatoriano, se exige la plurisubjetividad para constituir una sociedad, debiendo ser dos o más. Sin embargo, adquieren personería jurídica desde el momento de su acto de constitución, sin necesidad del cumplimiento de ningún requisito de publicidad, así la sociedad de hecho y la sociedad irregular, así como la sociedad en formación, tienen personalidad jurídica.

Mientras que la legislación en Perú y Venezuela, exigen la constitución de las sociedades por dos o más personas, así como el necesario registro para la concesión de la respectiva personalidad jurídica, no gozando de personalidad las llamadas sociedades irregulares.

Para concluir, la conceptualización de la sociedad en el siglo XXI merece un nuevo enfoque, es preciso reflexionar sobre las transformaciones del Derecho Societario y seguir insistiendo en la necesidad de unificar criterios. La tarea no es fácil, sin embargo, podrían comenzarse por algo tan básico como definir que debe entenderse por "Sociedad" legalmente.

66 RASPALL, Miguel. "Las pequeñas empresas frente a las S.A.U. crónica de una frustración", ob. cit., p. 55-86.

67 BOTTERI (h), José. "El nuevo concepto de sociedad". En: Revista Argentina de Derecho Societario. Nº 12. Octubre 2015. Tomado de: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/10/Doctrina2181.pdf>

68 FAVIER, Eduardo (h). "La Derogación del Derecho Comercial por el nuevo Código Civil: Apariencia y realidad. Trabajos de doctrina. Buenos Aires: diciembre 2014. Tomado de: <http://www.favierduboisspagnolo.com/.../la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad.pdf>