

“La sociedad: sus elementos esenciales”

por Tomás M. Araya

I. Libertad contractual

La libertad contractual comprende la atipicidad: cualesquiera figuras nacidas de pactos lícitos son válidas¹. Pero – como bien señala Girón Tena - la validez no elimina el problema: para llenar lagunas del sustrato fáctico bajo el cual uno o más sujetos llevan adelante determinadas conductas o bien para aplicar ciertas normas que el ordenamiento jurídico considera como imperativas, hay que “saber cuándo se está fuera o antes de una figura y cuándo se está dentro de ella”². O, desde otro ángulo, determinar la “disciplina aplicable” a las relaciones – internas y externas – derivadas de los compromisos adquiridos³.

En la búsqueda de un concepto elemental de sociedad el objetivo es identificar el número mínimo de elementos comunes (*esenciales*) a todos los demás tipos societarios, que puedan servir para identificar cuando estamos (o no) ante una sociedad⁴.

La utilidad e importancia de la tarea radica precisamente en que una vez identificados dichos elementos esenciales (y solo entonces) podrá aplicarse el régimen general que un ordenamiento jurídico determinado prevé para las relaciones asociativas que llegan a configurar una *sociedad*, debiendo respetarse la autonomía de la voluntad para aquellas relaciones asociativas que no constituyen sociedad. Claro está, es en el ámbito de las relaciones asociativas/societarias informales, es decir no inscriptas, donde tenderán a darse

¹ GIRÓN TENA, José, “Derecho de sociedades”, Madrid, 1976, pág. 25.

² GIRÓN TENA, *ob.cit.*, pág. 25.

³ PAZ-ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena”, Civitas, Madrid, 1991, pág. 744

⁴ Ya Vélez Sarsfield se planteó el problema de determinar el tipo de relación jurídica en el recordado ejemplo de los dos vecinos que comparten el uso de un buey: “Suponed, dice, que dos vecinos, cada uno de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo, y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente. Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero; no es tampoco un préstamo porque tal contrato no es a título gratuito de una y otra parte; tampoco es un cambio porque la propiedad no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado” (nota al artículo 1143 Código Civil).

las situaciones “grises”, que requerirán la indagación sobre la presencia (o no) de dichos elementos esenciales⁵.

La tarea – obviamente – tiene una utilidad relevante cuando se analizan ordenamientos en los que la regulación de uno y otro sistema (el societario y el asociativo/contractual) difieren en forma significativa o, para ser más precisos, cuando estamos ante un ordenamiento cuyo régimen societario desconfía (o inclusive, no reconoce) de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones societarias informales, tal como ocurrió en nuestro país a partir de 1972 con la sanción de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550⁶, fundamentalmente en lo que hacía al régimen de las sociedades no constituidas regularmente (de hecho o irregulares)⁷.

Desde 2015, con la entrada en vigencia en nuestro país del Código Civil y Comercial, el análisis teórico-conceptual pareciera tener una menor utilidad (y por ende, generar un menor interés) atento las acertadas modificaciones incorporadas por dicho cuerpo normativo. Por un lado, con la ratificación del principio de la autonomía de la voluntad para regular las relaciones asociativas no societarias, otorgando – a los fines obligacionales - igual rango jurídico a las figuras “típicas” y las “atípicas” (art. 1446)⁸. Por el otro,

⁵ Sin embargo, al menos en nuestro país y actualmente, el efecto de la inscripción no sana ni modifica la esencia de la relación jurídica. Recordar que el artículo 5 de la ley 26.005 disponía que un contrato de “consorcio de cooperación” no inscripto “... *tendría los efectos de una sociedad de hecho*”, norma que fue objeto de importantes críticas y no fue trasladada junto con los otros artículos cuando la regulación sobre consorcio de cooperación pasó al Código Civil y Comercial (arts. 1470 y sgtes).

⁶ Una crítica a dicha normativa puede verse en ETCHEVERRY; “Sociedades irregulares y de hecho”; Ed. Astrea; 1981 y – de manera más general- en LE PERA; “Principio y dogma en la ley de sociedades comerciales”; LA LEY, 1980-A; 750

⁷ En nuestro derecho, las figuras asociativas estaban miradas con desfavor en virtud de la limitación del artículo 30 de la ley 19.550, que prohibía a las sociedades anónimas ser parte de cualquier otro tipo social distinto de la S.A. y la sanción de nulidad de las sociedades atípicas del art. 17, sumado a la caracterización del negocio en participación como una “sociedad”, aun cuando de manera expresa la propia LSC señalaba que la misma carecía de “personalidad jurídica”. Esta situación de animosidad hacia las modalidades societarias no regulares fue en cierta forma atemperada en 1983 con la sanción de la ley 22.903 que incorporó un régimen de regularización, pero continuó hasta el año 2015 con la ineficacia de “*los derechos ...nacidos del contrato social*” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (Art. 23, ley 19.550: La sociedad ni los socios podrán invocar respecto de cualquier tercero ni entre sí, derechos o defensas nacidos del contrato social pero la sociedad podrá ejercer los derechos emergentes de los contratos celebrados). Previa a la reforma, la situación era la que agudamente describe Palmero “*En nuestro país el problema se ha vivido de manera muy aguda lo que la doctrina dio en llamar el “fantasma de la sociedad de hecho”; sobre todo en la década del setenta, cuando se puso sobre el tapete los llamados “contratos de explotación de riesgo petroleros” que vehiculizaban acuerdos de colaboración entre empresas en miras a la obtención de este producto, circunstancia que abrió un importante debate en torno a si esa relación de organización disparaba automáticamente - y más allá de la intención de los contratantes-, la creación espontánea de una sociedad irregular o de hecho con todas las consecuencias que de ella se infieren, tanto relativas a la administración como así al régimen de responsabilidad de estas entidades de facto.*” (PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en “Derecho económico empresarial. Estudio en homenaje al Dr. Héctor Alegria”, La Ley, 2011, tomo II, pag. 1343 y sgtes.).

⁸ **Al describir las disposiciones generales de los contratos asociativos (capítulo 16, título IV – Contratos en particular - del libro tercero “Derechos personales” del Código Civil y Comercial), el artículo 1446 ratifica el principio de la autonomía de la voluntad “Además de poder optar por los tipos que se regulan en las Secciones**

con la nueva regulación de la sociedad residual o simple, es decir aquella no constituida regularmente que – en esencia – también se orientaron correctamente hacia un mayor respeto de la autonomía de la voluntad en la faz interna para este tipo social no regular⁹.

En efecto, en la actualidad nuestro derecho reconoce de manera expresa la primacía de la autonomía de la voluntad en aquellas relaciones de organización asociativas que no constituyen sociedad¹⁰ y también reconoce – como regla general y con razonables limitaciones – la primacía de dicho principio en la faz interna de aquellas relaciones asociativas informales (no inscriptas) que sí constituyen sociedad¹¹.

Esta situación podría equivocadamente llevar a sostener la falta de utilidad de la tarea de indagar los elementos esenciales de la sociedad ya que – finalmente – ambos caminos llevan, con sus matices, a la autonomía de la voluntad. No comparto esta posición por diversas razones. En primer lugar, si bien se ha avanzado en el derecho societario hacia el respeto de la autonomía de la voluntad (y es de esperar que esta tendencia, con la que estoy de acuerdo, continúe), existen características propias del régimen societario generador de una persona jurídica que interactúa con terceros, que justifican ciertas limitaciones a dicho principio. Es decir, siempre en el ámbito contractual el respeto de la autonomía de la voluntad será mayor que en el ámbito societario, en el cual es natural que existan limitaciones fundamentalmente vinculadas con la actuación común exterior de la sociedad y su vinculación con terceros. En

siguientes de este Capítulo, las partes tienen libertad para configurar estos contratos con otros contenidos

⁹ Sobre la autonomía de la voluntad en el derecho societario, ver CABANELLAS, Guillermo (h), “Función económica del derecho societario”, RDCO 1989-279; DUPRAT, Diego, “La autonomía de la voluntad en el diseño de los estatutos sociales”, LL 12/12/2013, AR/DOC/3886/2013; ROTHENBERG, Mónica, “Autonomía de la voluntad y sociedades de capital”, Astrea, Buenos Aires, 2019; y BALBIN, Sebastián, “Sobre la autonomía de la voluntad como eje del nuevo sistema societario”, LL AR/DOC/11/2020. La nueva normativa fue en general bien acogida, aunque se levantaron voces contra la eliminación de la responsabilidad solidaria para estas sociedades residuales. Puede verse, ROITMAN, Horacio, AGUIRRE, Hugo, CHIAVASSA, Eduardo, “Las sociedades en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), AR/DOC/3841/2014 y, en una posición crítica a la reforma, NISSEN, Ricardo A., “Reflexiones en torno a las sociedades incluidas en la sección IV de la ley 19.550, las sociedades por acciones simplificadas y el futuro del Derecho societario argentino”, La Ley 2019-E, 1105, AR/DOC/2502/2019

¹⁰ Artículo 1447 CCC: “Aunque la inscripción esté prevista en las Secciones siguientes de este Capítulo, los contratos no inscriptos producen efectos entre las partes”

¹¹ La ley 26.994 – que sancionó el Código Civil y Comercial – dejó sin efecto la norma que declaraba ineficaz los “los derechos ... nacidos del contrato social” entre los propios socios ante una sociedad no constituida regularmente (art. 23, ley 19.550). Actualmente, tanto el artículo 22 como el 23 de la ley 19.550 consagran la eficacia del contrato social y de las cláusulas relativas a la representación, la administración y las demás que disponen sobre la organización y gobierno de la sociedad, respectivamente, entre los socios.

segundo lugar, siempre es importante identificar los elementos esenciales de toda figura jurídica ya que ello tiene relevancia práctica, entre otras cuestiones, para la aplicación de la analogía o los principios generales a situaciones no reguladas expresamente o, inclusive, para ver si el ordenamiento jurídico acierta al indicar los elementos configuradores de un determinado concepto. En tercer lugar, el tema sigue siendo esencial en aquellos ordenamientos – como el nuestro – en que se reconoce personalidad jurídica a *todas* las sociedades, no solo a las formalmente registradas, por el evidente efecto que produce en terceros la personalidad jurídica que se genera con la aparición de una sociedad, lo que – para aquellas sociedades informales no inscriptas – requiere obviamente contrastar la presencia (o no) de aquellos elementos esenciales que precisamente configuran una sociedad.

II. Contratos asociativos y sociedad

Debemos al proyecto de unificación civil y comercial del 1987 la propuesta de incorporar una regulación sobre contratos asociativos a nuestro ordenamiento¹².

La figura del contrato asociativo surge como superadora de la figura del contrato de plurilateral de organización e incluye tanto a los contratos plurilaterales personificantes (asociación, sociedad) como a los no personificantes (como “*joint ventures*” o los “típicos” en nuestro derecho: unión transitoria, agrupación de colaboración o consorcio de cooperación)¹³.

Se los ha definido como aquellos en el cual dos o más partes acuerdan [realizar determinados actos] para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común¹⁴. Su función no se agota con el cumplimiento de las prestaciones a cargo de las partes. En los contratos asociativos, explica

¹² Si bien el Proyecto del 87 incorporaba el tema, las normas propuestas tenían un contenido diferente al finalmente adoptado por el Código Civil y Comercial sancionado, que se basan más en la regulación propuesta por la llamada Comisión Federal del año 1993, que fue base del Proyecto del año 1998 y del actual Código Civil y Comercial (ver ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, en “Contratos y sociedades en el proyecto de código civil y comercial”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2013).

¹³ ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, *ob. cit.*, pág. 6

¹⁴ ARAYA, Miguel, “Contratos asociativos”, *ob. cit.*, pág. 8

Richard, existe una comunidad de fin, de modo que las partes actúan en un plano de coordinación y compartiendo un interés (o finalidad) común¹⁵.

El Código Civil y Comercial no los define de manera expresa, optando por disponer que serán aplicables las disposiciones del capítulo donde los regula (precisamente intitulado “Contratos asociativos”¹⁶) a todo contrato de colaboración, de organización o participativo, con comunidad de fin, que *no es sociedad* (art. 1442).

Nuevamente entonces, el problema está en determinar si una determinada relación de organización asociativa es o no sociedad, ya que de tener dicho carácter estaremos fuera del mundo contractual. Veamos pues los elementos esenciales de los contratos asociativos.

En primer lugar, nos dice Palmero¹⁷, aparece la *finalidad común*, generadora de una “*convergencia de conductas*” que “... se traducen en *prestaciones coadyuvantes, orientadas hacia un fin común*”. Esta característica viene a ser el rasgo distintivo de estos contratos frente a los contratos de cambio, en los que las partes están enfrentadas y el mayor beneficio para uno determina normalmente un menor beneficio para el otro. En este tipo de contratos, explica Manóvil, “...*la causa fin del contrato no es ya la contraprestación de la otra parte, sino la actividad colaborativa, cooperativa o de coordinación*”¹⁸.

En segundo lugar, el fin común y la existencia de una serie de conductas orientadas hacia dicho fin requiere una *organización*, que coordina y unifica las diferentes prestaciones de índole material o personal que se orientan hacia la consecución del fin común¹⁹. Esta organización que podrá ser muy tenue – o hasta inclusive confundirse con las previsiones contractuales, como

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos. Negocio en participación y agrupamiento de colaboración”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), AR/DOC/1054/2015

¹⁶ Capítulo 16 (arts. 1442 a 1478), aunque las normas aplicables a todo contrato asociativo son las disposiciones generales (arts. 1442 a 1447).

¹⁷ PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones entre contrato y personalidad” en “Derecho económico empresarial. Estudios en homenaje al Dr. Héctor Alegria”, La Ley, tomo II, pág. 1374 y sgtes.

¹⁸ MANOVIL, Rafael M. “Contratos de colaboración y sociedad” en ETCHEVERRY, R., CHOMER, H. y GENOVESI, L., “Derecho comercial y de los negocios”. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, Eudeba, 2007, tomo I, pág. 101 y sgtes.

¹⁹ “... *todo negocio asociativo presupone necesariamente, la presencia de una organización, que reviste esta característica en función de la finalidad del negocio y que a la postre, todos estos elementos se subsumen y armonizan en miras a un mejor y más eficiente resultado del proyecto compartido*” (PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...”, *ob. cit.*, pág. 1376)

normalmente ocurrirá en el negocio en participación - no deberá en aquellos contratos en que tenga un mayor desarrollo (como las AC o UT) posibilitar la interacción con el mundo exterior de uno de sus miembros (o de una determinada persona) actuando como un nuevo y único sujeto, ya que en este caso estaremos ya ante una persona jurídica, es decir, habremos ido más allá del contrato asociativo para llegar a la sociedad.

En tercer lugar, el contrato asociativo presupone el desarrollo de una *actividad común*, orientada a la consecución del fin común, que es precisamente la contracara de la “*organización*” Dice Palmero: “... *el negocio asociativo, al estar sustentado en base a una organización, actúa ineludiblemente a través de una multiplicidad de actos independientes de la más diversas especies, los que considerados en conjunto y con relación al fin, dan lugar claramente a la presencia y desarrollo de una verdadera actividad común ...*”²⁰. También en este caso, la actividad común o coordinada no deberá generar una *actuación común externa*, ya que en este caso estaremos saliendo de la figura del contrato para caer en la sociedad.

Finalmente, también como una derivación de la *organización*, existirá una *estabilidad o permanencia temporal* propia de este tipo de contratos, que se diferencian de los actos aislados propios de los contratos de cambio²¹.

III. Elementos esenciales de la sociedad

3.1. Al ser la sociedad una “especie” del “género” de los contratos asociativos, no nos puede extrañar que cuando la doctrina describe los elementos esenciales de la sociedad mencione a los indicados para los contratos asociativos. Veremos, sin embargo, que si bien hay una raíz común, existen también importantes diferencias.

Girón Tena identifica los siguientes elementos mínimos (es decir, esenciales) del concepto: *manifestación externa, patrimonio común, durabilidad* y un *fin económico común*²². A dichos elementos, corresponde agregar – en

²⁰ PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...” *ob. cit.*, pág. 13. Como se describe más adelante (punto III), en aquellos casos en que esta actividad se manifiesta hacia el exterior de manera común, surgirá la “*actuación común externa*” que implicará la personificación del negocio asociativo, dando nacimiento a la sociedad.

²¹ PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...”, *ob. cit.*, pág. 1383. En el trabajo que estamos siguiendo, Palmero agrega el centro de imputación diferenciada para aquellos contratos asociativos con personalidad, es decir la sociedad.

²² GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 26. Más adelante, explica que “*la generalidad de un concepto es tanto mayor cuanto menos sean los requisitos o elementos que se le piden*”, describiendo los elementos esenciales de la sociedad en sentido “amplio” y luego distinguiendo entre sociedad en “sentido estricto” y asociación (GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 29).

nuestro derecho y en todos aquellos que reconocen personalidad jurídica a las sociedades- el de “*centro de imputación diferenciada*”, como derivación lógica del concepto de sujeto de derecho de la sociedad²³.

Como se explica más abajo, el principal elemento (el “fin común”) nuestra aquí una cualidad de mayor integración que en el mundo asociativo contractual que da lugar a la “comunidad de riesgo”; se mantiene la “durabilidad” – que Palmero llama “estabilidad o permanencia temporal”-; la “actividad común” también avanza hacia una “manifestación externa común o conjunta”, generando así la imputación diferenciada normativa que da lugar a la personalidad jurídica y, como resultado de ésta última, aparece el “patrimonio común” propio de todo sujeto de derecho.

3.2. En su aspecto societario, el “fin económico común” se traduce en una “solidaridad de intereses de los socios” con la actividad social. Todos los socios deben contribuir a la obtención del fin social acordado y todos gozarán (o sufrirán) los resultados. Este elemento es sin dudas el principal de los elementos esenciales: “*no hay duda, en la doctrina de todos los países, acerca de que la nota peculiar de la Sociedad es la índole común del fin y su promoción por los socios*”²⁴.

La idea central en la sociedad, dice Girón Tena, es la solidaridad (comunidad) de intereses de los socios con el fin u objeto social, lo que implica que todos contribuyan a su obtención, que a todos los afecten los resultados y que, de una u otra manera, todos puedan exigirse que sea así²⁵.

Aparece así, como un aspecto ineludible de este elemento esencial, la “comunidad de riesgo”: “*hay ya sociedad con la plena comunidad en lo favorable y adverso y con la contribución al fin común*”, nos dice Girón Tena refiriéndose al concepto “amplio” de sociedad²⁶.

²³ Así lo hace RICHARD, quien enuncia los siguientes elementos esenciales de la sociedad en sentido estricto: “a. la manifestación externa; b. la constitución de un patrimonio común o autónomo; c. la durabilidad; d. el carácter económico, además de común, del fin, para distinguirla de la asociación; e. actividad u origen negocial; f. organización o forma organizada; g. reconocimiento legal de personalidad; h. que se agregan, obviamente, al fin u objeto común”. No veo diferencias con la descripción propuesta por Girón que adopto en este artículo ya que ya que el elemento d) (*fin económico común*) se engloba con el h) (*fin u objeto común*) y el a) (*manifestación externa*) con el e) (*actividad un origen negocial*)

²⁴ GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 40.

²⁵ GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 40

²⁶ GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pág. 41

En palabras de Manóvil: *“En la sociedad ... hay un riesgo común y, consecuentemente, un destino común, porque la calidad genérica de los derechos de todos es igual y porque aquel riesgo depende de la gestión también común del patrimonio formado por los aportes puestos en común, [existiendo así] ... un interés común”*; *“... aquél interés común derivado del riesgo y de la vocación a soportar las pérdidas y a participar de las utilidades, fundamento de la igual calidad de derechos, forma parte de la causa-fin de la sociedad”*²⁷.

El hecho de ser parte de una sociedad no implica que cada socio debe dejar de perseguir su mejoramiento individual, lo que sucede es que cada socio obtiene dicha mejora a partir (y a través) de su participación en la sociedad. Se dice, por ello, que los socios “corren en conjunto el riesgo empresarial”, lo que precisamente genera la *comunidad de riesgo*.

Sobre este primer elemento de un fin común, existe una discusión sobre si el fin debe necesariamente ser “lucrativo” o, inclusive, económico. En nuestro derecho, en su recordado artículo sobre el concepto de sociedad analizando el proyecto de lo que luego sería la ley 19.550, Halperín propuso una interpretación amplia del concepto (finalmente adoptada en el texto legal de 1972), a fin de permitir la constitución de sociedades con el objeto de investigación técnica o experimentación de nuevos procedimientos en beneficio de los socios²⁸.

En el derecho español, Paz-Ares – siguiendo a Girón Tena²⁹ – sostiene que se debe construir el concepto de sociedad sobre *“... bases estructurales, como un fenómeno organizativo neutral e independiente de la índole o naturaleza del fin”*, prescindiendo del requisito del fin lucrativo³⁰.

²⁷ MANOVIL, Rafael M., “Contratos de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág. 116)

²⁸ HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad en el proyecto de ley de sociedades comerciales”, RDCO, 2, pág. 265 y sgtes. La posición de Halperín fue posteriormente incluida en la exposición de motivos de la ley 19.550 *“... se exige que las sociedades persigan la producción o intercambio de bienes o servicios. En este sentido, la Comisión estimó prudente hacerse eco de las críticas que en el derecho italiano se hicieron a la fórmula ‘actividad económica’ en mérito a que ésta, si bien implica una actividad patrimonial, no significa necesariamente la finalidad de lucro. Por otro lado, la locución adoptada obvia todo problema cuando la actividad no sea productiva en sentido económico, como sería el caso de las sociedades constituidas por la mera administración o conservación de bienes o para la investigación técnico-industrial”*

²⁹ GIRÓN TENA señala que si optamos por un concepto amplio de asociación-sociedad - como género-, sin incluir el fin de lucro como elemento esencial, entonces deberemos también concluir que este tipo de sociedad “amplia” puede tener causas-fin de distinta índole, a saber: lucrativa, mutualista o cooperativista, agrupacional o consorcial y asociativo (sin fin lucrativo) (GIRON TENA, *ob. cit.*, pág. 38, con cita de Ghidini, pág. 12-33)

³⁰ PAZ ARES, Cándido, “Ánimo de lucro y concepto de sociedad” en “Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios de homenaje a José Girón Tena”, Civitas, 1991, pág. 730 y sgtes.

En nuestro derecho, inclusive y desde el año 1972, se permite que la asociación adopte la “forma de sociedad” para desarrollar su objeto³¹ - y por ende quede regulada por la Ley General de Sociedades pese a tener un objeto de bien común y sin fines de lucro³² - , que se justifica sólo si aceptamos que la sociedad es una técnica de organización³³.

Desde un punto de vista teórico, la no inclusión de un fin económico como el fin u objeto genera complicaciones para diferenciar entre sociedad y asociación e inclusive para distinguir cuál es el género y cuál la especie, tal como puede leerse en las obras clásicas³⁴. Hoy esta discusión ha quedado superada en nuestro derecho, al aceptar como género a los contratos asociativos y como especies los distintos contratos de organización “personificantes” (sociedad, asociación) o no “personificantes”, innominados (*joint ventures*) o nominados (negocio en participación, UT, AC, consorcio de cooperación).

3.3. El elemento de la *manifestación externa* deviene también esencial. La actividad común o coordinada del negocio asociativo deberá generar una *manifestación o actuación externa* que actué – por efecto de la organización jurídica – dando así surgimiento a un nuevo sujeto en cuyo resultado participarán todos sus miembros (socios).

La *manifestación externa* es un elemento esencial para la configuración de una sociedad, de acuerdo al concepto aceptado en nuestro derecho. Es precisamente la ausencia de esta *manifestación externa* la que quita

³¹ El art. 3º de la Ley General de Sociedades dispone que “*las asociaciones, cualquiera fuere su objeto, que adopten la forma de sociedad bajo algunos de los tipos previstos, quedan sujetas a sus disposiciones*”.

³² La definición es de RAGAZZI, Guillermo, quien propone modificaciones al actual art. 168 del Código Civil y Comercial, que adopta una imprecisa definición de asociación por la negativa de su objeto (RAGAZZI, Guillermo Enrique, “Propuesta de reformas al Código Civil y Comercial. Asociaciones civiles, simples asociaciones y fundaciones”, La Ley 14/08/2018, AR/DOC/1613/2018)

³³ Así lo hace RAGAZZI Guillermo: “*Desde una perspectiva moderna del concepto de sociedad comercial como recurso técnico de organización, la solución legislativa no parece criticable; incluso, puede resultar una forma instrumental útil para encarar actividades no lucrativas y con reglas compatibles con dicho objeto, aunque sujeta a la rigurosidad de la organización societaria y al cumplimiento de las cargas que devienen del tipo adoptado*” (RAGAZZI, Guillermo, “Asociación bajo forma de sociedad. Ajustes, desajustes y conflictos”, en “Tratado de los conflictos societarios” DUPRAT, Diego (director), Abeledo Perrot, tomo I, pág. 499 y sgtes, 2012”)

³⁴ “*La diferencia entre el género asociación y la especie sociedad, queda, pues, limitada al terreno del objeto. En esta última las partes se vinculan para poner juntas prestaciones singulares a fin de conseguir, conjuntamente, una ventaja económica individual. A tal fin se organizan fijando la norma de las relaciones del grupo y en esta organización cada cual encuentra la propia compensación, no en la prestación de los demás, sino en la participación en el resultado útil obtenido mediante la conjugación de las prestaciones*” (BRUNETTI, Antonio, “Tratado del derecho de las sociedades” (traducida por Felipe Solá Cañizares), Librería el Foro, tomo I, pág. 14)

el carácter societario al hoy denominado negocio en participación (antes, “sociedad accidental o en participación”). En nuestro derecho, la “sociedad interna” no es sociedad – en sentido estricto - fundamentalmente por existir sólo en el ámbito interno. El otro argumento que también se utiliza (“*no es sociedad por no ser persona jurídica*”) no es correcto ya que de lo que se trata es precisamente de discernir si es o no sociedad. Si fuera sociedad (es decir, si estuvieran reunidos los elementos esenciales de la sociedad, incluyendo justamente el que no está presente, el de la manifestación externa), sería persona jurídica.

Por estas razones, desde hace largos años ya la doctrina³⁵ venía sosteniendo el carácter contractual de la “sociedad” accidental o en participación, lo que finalmente quedó consagrado con la sanción de la ley 26.994, que modificó su denominación – adoptando el de “negocio en participación” – y mudó su regulación al mundo contractual, junto con los restantes contratos asociativos³⁶.

3.4. El “patrimonio común” o, para ser más precisos, “propio” que se forma con los aportes de los socios, pero “separado del de éstos”,³⁷ es esencial para que estemos ante una sociedad. Esta “autonomía patrimonial” es representativa de la figura societaria y significa un elemento diferenciador con la relación asociativa contractual amplia, en el cual “*las prestaciones de las partes no se dirigen a ente alguno*” sino que “... *están destinadas a posibilitar el desarrollo del negocio, pero no forman un patrimonio diferenciado del de sus miembros*”³⁸.

Si no se aceptaran como elementos esenciales el patrimonio autónomo y la manifestación externa, entonces no habría restricción para

³⁵ ANAYA, Jaime L. “Sociedades accidentales o en participación”, Bs.As., Cangallo, 1970; PLINER, Adolfo, “Sociedad accidental y asociación, sociedad o negocio o en participación. Necesidad de un replanteo normativo”, ED t. 62, pág. 709.

³⁶ La doctrina ha mayormente apoyado la nueva normativa sobre el tema (ver, por todos RICHARD, Efraín Hugo, “Contratos asociativos”, RDCO 270, 16/02/2015, AR/DOC/4626/2015 y MANOVIL, Rafael M. “Algunas de las Reformas al régimen societario en el Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial”, en Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 13/11/2012, LA LEY2012-F, 1334; en contra, ver VERON, Alberto Víctor, “Negocio en participación (sociedad accidental o en participación) en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 07/04/2015, AR/DOC/816/2015

³⁷ MANOVIL, Rafael M. “Contrato de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág 115.

³⁸ MANOVIL, Rafael M. “Contrato de colaboración y sociedad”, *ob. cit.*, pág 115.

considerar “sociedad” a la sociedad “interna” (como la *societas* romana), en la que la contribución de cada socio es asumida desde un punto de vista estrictamente *obligacional*, pero sin sujeto autónomo diferenciado. En nuestro derecho, este fue el camino que adoptó el Proyecto de Unificación del año 87 cuando propuso una definición amplia de sociedad, siguiendo a la sociedad simple del derecho suizo (“... *contrato por el cual dos o más personas se reúnen para obtener con esfuerzos o medios comunes, una finalidad común*”), recibiendo fuertes críticas a nivel doctrinario³⁹.

3.5. El elemento de la durabilidad o no transitoriedad - que Palmero denomina “estabilidad o permanencia temporal” - es también un elemento esencial, que en esencia deriva de la necesidad de que exista un proyecto o actividad en pos de un fin común económico determinado. Sin embargo, no se observan diferencias de grado respecto de este elemento entre los contratos asociativos no personificantes y la sociedad. De hecho, nada impide que una agrupación de colaboración (por ej. para realizar actividades de investigación entre sus miembros) tenga una duración mayor que una sociedad constituida con un objeto específico.

3.6. Finalmente, el “centro de imputación diferenciada” estará – en nuestro derecho⁴⁰ - siempre presente cuando hablemos de sociedad, atento su carácter de persona jurídica. Si bien de este elemento deriva el patrimonio autónomo (lo que autorizaría a prescindir de este último en la descripción de los elementos esenciales), en virtud del carácter fáctico del elemento patrimonial, la determinación sobre su presencia (o no) ayudará a concluir si existe (o no) un “centro de imputación diferenciada”.

³⁹ Este tipo contractual residual hubiera tenido la capacidad de subsumir las figuras atípicas e informales pero no recibió fuertes críticas ya que utilizaba un concepto “amplio” de sociedad para regular figuras asociativas que tendrían (o no) personalidad jurídica según lo determine un juez, creando así inseguridad jurídica. Una crítica a la regulación propuesta por el Proyecto puede verse en PALMERO, Juan C., “La persona jurídica en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la nación” RDCO 1987-817 y en MANOVIL, Rafael, “Las simples ‘sociedades’ y otras cuestiones críticas del Proyecto de Unificación Civil y Comercial en materia societaria” en Revista Jurídica de Buenos Aires (Facultad de Derecho, UBA), 1988-III, p. 29.

⁴⁰ No es así en otros países, como Alemania e Italia que tradicionalmente no reconocen personalidad jurídica a las sociedades de personas, si bien la cuestión no es pacífica (Ver nota 35 del trabajo de PALMERO, Juan Carlos, “Relaciones ...” *ob. cit.* con cita de AGUIRRE, Hugo, “El debate sobre la personalidad jurídica en las sociedades de personas en Italia” (Inédito).

3.7. Para concluir, no es requisito para la existencia de sociedad ningún elemento intencional subjetivo, como en algún momento se consideró a la *affectio societatis* siguiendo el derecho francés⁴¹. Ello no implica desconocer la importancia de la noción objetiva de *affectio societatis* para diferenciar los vínculos societarios de aquellos que no lo son⁴².

IV. Los elementos esenciales en la definición de la Ley General de Sociedades

Una vez identificados los conceptos diferenciadores o esenciales, corresponde detenerse en la definición que trae el artículo 1 de la Ley de General de Sociedades nro. 19.550 (“LGS”)⁴³.

“*Habrá sociedad si una o más personas ...*”

Desde el año 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial, la LGS (i) no diferencia más entre sociedad comercial y civil, regulando a todas las sociedades⁴⁴; y tampoco (ii) incluye a la pluralidad de socios como un elemento esencial de la sociedad.

“... *en forma organizada...*”

Aparece aquí el elemento – ya mencionado en los puntos anteriores de este trabajo - de la organización jurídica, como conjunto de órganos societarios que sirven para formar la voluntad social de la sociedad, y como tal, deben estar presentes.

No debe entenderse la referencia a *organización* como la exigencia de una organización *empresarial* sino *jurídica*⁴⁵, ya que ello llevaría a

⁴¹ GIRÓN TENA, *ob. cit.*, pag. 44. En sentido concordante, MANOVIL, Rafael M. “Grupos de sociedades (en el derecho comparado)”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pag. 569. HALPERIN la define como “*la voluntad de colaboración activa, jurídicamente igualitaria e interesada*” (HALPERÍN, Isaac, “Curso de derecho comercial”, Depalma, t. I, pag. 243, Buenos Aires)

⁴² MANOVIL, Rafael M, “Grupos”, *ob. cit.*, pag. 570 (con cita de FARGOSI, Horacio, La “*affectio societatis*”, Valerio Abeledo, 1955, pag. 11)

⁴³ En su recordado artículo sobre el concepto de sociedad, HALPERÍN se pregunta sobre la conveniencia de incluir una definición de sociedad en el proyecto de ley y recuerda los antecedentes de la norma (HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, *ob. cit.*, pag. 265, nota 1). Ver el desarrollo de los distintos elementos en ESCUTI, Ignacio (h), “Sociedades”, Astrea, Buenos Aires, 2006.

⁴⁴ Corresponde recordar que la ley 19.550 regulaba sólo a las sociedades comerciales, no así a las civiles (a diferencia del Anteproyecto Malagarriga – Aztiria, que regulaba a todas las sociedades). Bajo el Código de Comercio, hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley de Sociedades Comerciales se diferenciaba a las sociedades civiles y comerciales por el *objeto*. La cuestión cambió con la sanción de la ley 19.550, que distinguía unas de otras por el *tipo* utilizado. Antes de 2015, si la sociedad adoptaba uno de los tipos regulados en dicha ley, se estaba ante una sociedad comercial, independientemente de que realizara actividades que uno pudiera considerar como “civiles”

⁴⁵ “*La exigencia se refiere a esa organización de la estructura jurídica, para el funcionamiento de la sociedad y no a la organización de los elementos integrantes de la empresa, noción económica (bienes, servicios, dirección); es el aspecto*

incorrectamente a suponer que sólo habría sociedad cuando existiera una “hacienda empresarial” de la cual la sociedad sería titular.

“conforme a uno de los tipos previstos en esta ley”

Normalmente se sostiene que el requisito de la tipicidad viene impuesto por la necesidad de que socios y terceros conozcan cuales son las consecuencias de formar parte de una sociedad.

Se defiende la “tipicidad” bajo el argumento de que si no existiera, podrían existir sociedades sin algunos de los “requisitos esenciales tipificantes”, por ejemplo, sin órganos de administración o gobierno. Ello podría perjudicar a nuevos accionistas o a los acreedores de la sociedad, que tendrían dificultades para determinar los derechos que les corresponden, ya sea como socios o frente a la sociedad⁴⁶.

No creo que ello sea así, particularmente a partir del año 2015 en que las sociedades atípicas, así como las informales, de hecho e irregulares quedan todas sujetas al tipo residual de las normas de la Sección IV LGS. Es evidente, entonces, que la tipicidad no es un requisito esencial para la existencia de sociedad desde el momento en que este tipo de sociedades atípicas son reconocidas por el propio ordenamiento como sociedades⁴⁷.

Acertadamente, el Proyecto Anaya Etcheverry Bergel del año 2005 eliminaba la referencia al tipo de la definición del artículo 1⁴⁸ y la sanción de nulidad por atipicidad, aplicando a estos casos las normas de las sociedades irregulares, tal como se prevé actualmente.

“... se obligan a realizar aportes...”

jurídico de uno de los elementos de la noción económica, el empresario colectivo (sociedad)” (HALPERIN, Isaac, “El concepto de sociedad ...”, ob. cit., pág. 268 y sgtes.

⁴⁶ “La adopción de los tipos ad solemnitatem y la sanción de nulidad para las sociedades formadas en apartamiento a ellos (art. 17) responde al convencimiento de que serios trastornos sufriría la seguridad jurídica en caso de admitirse un sistema opuesto” Exposición de motivos, ley 19.550, siguiendo la posición de HALPERIN.

⁴⁷ En contra NISSEN, quien las califica de “anomalías societarias” (“... no son las entidades comprendidas en la actual Sección IV del Capítulo I de la ley 19.550, ni “sociedades simples” ni “sociedades residuales”, sino un conjunto de anomalías societarias, cuya inclusión en el ordenamiento societario argentino está inserta geográficamente a continuación del régimen de la nulidad societaria y muy lejos de los tipos sociales, lo cual no es precisamente una casualidad ni una mala técnica del legislador”) (NISSEN, Ricardo, “Reflexiones ...”, ob. cit.)

⁴⁸ Lamentablemente, la ley 26.994 no siguió al Proyecto del 2005 en esta propuesta.

El aporte es un elemento esencial: sin aporte no hay socio, y sin socio no hay sociedad. Se reitera aquí lo expresado más arriba sobre la necesidad de un patrimonio propio de la sociedad, como elemento esencial para su existencia.

“... para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”

Los aportes deben ser aportados por los socios *para ser aplicados* a una actividad económica: la producción o intercambio de bienes o servicios⁴⁹.

Surge aquí el tema de la vinculación de la sociedad con la empresa⁵⁰. Debe destacarse, sin embargo, que la ley *no exige* que exista una hacienda empresaria para tener por configurada la sociedad; lo que se requiere es que las contribuciones aportadas por los socios tengan *el destino de ser aplicadas* a la producción o intercambio de bienes o servicios. Pero en caso de que ello no ocurra y los aportes se mantengan dentro del patrimonio social, también habrá sociedad mientras los socios continúen corriendo el riesgo empresarial de manera común.

“... participando de los beneficios y soportando las pérdidas”

Como se indicó más arriba, es éste el elemento diferenciador esencial de la sociedad: la *comunidad de riesgo*, que significa correr de manera conjunta el riesgo empresarial para participar de los beneficios que se generen y afrontar en conjunto las eventuales pérdidas.

Este elemento constituye la causa-fin de la sociedad, que se interrelaciona aquí con el concepto de *interés social* que no debe ser entendido como el interés de la sociedad como institución por encima de los socios ni tampoco como el interés de la mayoría sino como el *“común denominador del interés jurídico de los socios en la sociedad”*⁵¹.

⁴⁹ Ver la posición de HALPERIN *ut supra*, nota 27

⁵⁰ Esta posición fue sostenida por BUTTY, Enrique M. “Inoponibilidad”, en el V Congreso Nacional de Derecho Societario, Advocatus, tomo II, pág. 644

⁵¹ MANOVIL, Rafael, “Contratos ...”, *ob.cit.*, pág. 117 y en “Grupos ...”, *ob.cit.*, pág. 568 y sgtes. En palabras de Richard, “Para que exista sociedad en el derecho argentino (sentido estricto) debe existir una relación de duración, exteriorizada, con pluralidad de personas, de origen negocial, con aportes que constituyan un patrimonio separado del de los socios (principio de división patrimonial), con una organización diferenciada aunque fuere mínima y actuando en “forma organizada” conforme las figuras reconocidas que permitan contraer derechos y obligaciones imputables diferencialmente a ese patrimonio autogestante, a través del cual los socios podrán pretender se generen utilidades y se distribuyan, soportando el riesgo conforme a la forma jurídica, conforme al criterio del art. 1° LGS”. (RICHARD, Efraín

V. Conclusiones

La identificación de los elementos esenciales de la sociedad permite discernir, en el caso concreto, si estamos ante un negocio asociativo sociedad – generador de un sujeto de derecho distinto a sus socios – o bien si nos mantenemos en el mundo contractual asociativo.

No obstante compartir una raíz común, los elementos esenciales de la sociedad se intensifican y diferencian respecto de aquellos de los contratos asociativos. Dos de dichos elementos (fin común y actividad común) aparecen – en el ámbito societario – con una característica propia, generando el primero de ellos la comunidad de riesgo, que implica correr en conjunto el riesgo empresarial para participar en conjunto de los beneficios o afrontar las pérdidas, y el segundo de ellos, la manifestación o actuación común externa, que genera el centro de imputación diferenciada.

Es recomendable que una próxima reforma a la Ley General de Sociedades elimine del art. 1 la referencia a la tipicidad atento que dicho elemento no constituye ya un elemento esencial de la sociedad a partir del reconocimiento como sociedades del que actualmente gozan las sociedades atípicas.

Hugo, “El Código Civil y Comercial y contratos asociativos...”, *ob. cit.*, pág. 3). Actualmente, el elemento de la pluralidad de personas no es ya esencial.