

CAPÍTULO SEGUNDO

LA SOCIEDAD Y LAS SOCIEDADES

I. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO Y COMO VÍNCULO OBLIGATORIO, ES DECIR, COMO ESTRUCTURA DE EMPRESA

También antes de aquella pseudorreforma que ha cambiado la rúbrica del art. 2247 del Código Civil italiano, la "noción" de sociedad, de la cual hemos reflexionado en el capítulo precedente, partía de la identificación del *contrato* de sociedad como fuente desde la cual la sociedad misma hacía derivar su propia existencia y estructura. De esta identificación resultaba que, siendo el contrato "*el acuerdo de dos o más partes para constituir, reglamentar o extinguir entre ellos una relación jurídica patrimonial*" (art. 1321, Código Civil italiano), la sociedad—desde esta perspectiva— se identificaba con un vínculo obligatorio entre aquellos que la habían constituido. Esta identificación se relacionaba con una tradición muy antigua e ilustre: ya Gaio había enseñado que la

sociedad –al igual que la compra venta, el arriendo y el mandato– es un contrato consensual¹.

A pesar de esta ascendencia, a la que aún hoy en día todos presentan sus respetos, al menos formalmente², ya ninguno podría contentarse de la ubicación de la sociedad en el sistema de los contratos. Se advierte entonces que –cuanto menos– la sociedad no es solamente un contrato generador de vínculos jurídicos obligatorios entre los socios que lo han estipulado y de los socios (o de la sociedad) con terceros; que, después de todo, esta “noción”, que identifica la sociedad como contrato, no es otra que una sustancial (y tal vez también inadmisiblemente) reducción. Cada uno “siente” que, junto al perfil contractual-obligatorio de la sociedad, hay otro tanto más relevante y difícilmente relacionado al primero: y es aquel de la sociedad como *empresa*, como *estructura* empresarial típica, como *institución*³.

En el vigor de los códigos decimonónicos esta duplicidad de perfiles –obligatorio por un lado y por otro organizativo-institucional– también tenía una duplicidad de referente normativo: la sociedad “civil” (aquella que hoy el Código vigente llama “simple”) encarnaba en sí el perfil contractual-obligatorio (“*La sociedad es un contrato*”, como ya hemos leído en el art. 1697 del Código Civil italiano de 1865) y encontraba la propia

¹ Gai, *Institutiones*, III, 135, “*Consensus fiunt obligationes in emptio et venditionibus, locationibus conditionibus, societatibus, mandatis*”. (Idéntico al texto de las instituciones justineanas: Inst., III, 22, pr.).

² Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 2 s. Ferri G., *Commentario Scialoja e Branca al cod. civ.*, art. 2247, n. 1, 29-35.

³ Galgano, *Società di persone*, 10-13; Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 233 ss.

reglamentación en la legislación civil; mientras la sociedad empresa, con su perfil más exquisitamente organizativo-institucional, tenía la propia sede “natural” de disciplina en el Código de Comercio italiano.

Hoy, después de la unificación legislativa del sistema del derecho privado en el único Código Civil, esta distinción de carácter normativo, si ya no desapareció del todo, ciertamente fue muy atenuada y un intérprete, no muy atento, puede encontrar algunas dificultades para diferenciar los dos perfiles –entre ellos ciertamente diferentes– sobre los cuales estamos reflexionando; y aún más ardua puede revelarse la tarea de descubrir las raíces de esta diferencia: raíces que están en la historia y cuyo análisis es una condición imprescindible para una correcta comprensión del sistema codificado.

Queda en pie, y lo queremos destacar desde ahora, que el término “sociedad” –en su acepción más estricta, conforme a la noción ofrecida en el art. 2247 del Código Civil italiano– tiene, en el vocabulario del jurista, una primera y fundamental ambigüedad, según se quiera hacer referencia al contrato (o negocio unilateral) constitutivo y a las obligaciones que toman vida de este contrato o negocio, o bien a aquella estructura de empresa (a aquella institución) que de igual modo suele definirse como sociedad.

II. LA NOCIÓN “FORMAL” DE ACTIVIDAD COMÚN:

LA TENTATIVA DE “ENCUADRAR UN CÍRCULO”

Ahora volvemos a razonar acerca de la “noción” de sociedad originariamente contenida en el art. 2247 del

Código Civil, teniendo presente, de las dos acepciones de las cuales acabamos de hablar, no aquella de contrato y de las obligaciones que nacen de eso, sino aquella de la estructura de la empresa. También aquí notaremos –y será este el tema de toda nuestra argumentación de verificación histórica– una sustancial ambigüedad del término “sociedad”; es decir, constataremos que este único significado corresponde a una pluralidad de significados y deberemos, en consecuencia, interrogarnos sobre las raíces desde las cuales ha germinado esta diversidad de acepciones.

Hemos visto que la “noción” codificada de contrato de sociedad tiene el propio centro de gravedad en la “*actividad económica*”, para cuyo desarrollo *conjuntamente* los socios confieren: “*bienes o servicios*” mirando hacia el objetivo de “*dividir las utilidades*”. Hecha esta constatación –en orden a la cual sería difícil evitar dudas teniendo presente la (tan clara) letra del art. 2247– queda por investigar, en cada uno de los tipos de sociedad que el Código prevé y disciplina, este elemento *esencial* de la “*actividad económica*” ejercitada “en común” por los socios: esencial al punto que no puede faltar en ninguna de las especies de sociedad bajo pena de alterar las razones mismas del sistema sobre el cual fue construido el Código.

Ante este problema hermenéutico, todos los intérpretes muestran no pocas dificultades, no tanto al dar cuenta del significado en sí de la locución usada en el Código (ya que “*ejercicio en común de una actividad económica*” es una expresión muy clara) sino a encontrar, al interno de cada especie de sociedad, este “*ejercicio*”.

No es el caso demorarse en inútiles reseñas de opiniones, solamente diremos que las descripciones que habitualmente se leen⁴ se hallan todas en el sentido de hacer lo más genérico posible, y sobre todo elástico, el significado de aquella locución para poderla aplicar después a todos los tipos de sociedad, incluyendo aquellos en los cuales sería particularmente arduo encontrar, como elemento esencial y típico, una “*actividad*” económica *ejercitada* en común por los socios. No obstante esta dificultad los mismos intérpretes se mantuvieron (o, por decirlo mejor, intentan de todos modos mantenerse) anclados a la “noción” codificada que identifica a la sociedad (en cada especie, con la obvia exclusión de la sociedad simple) con la gestión de la empresa por parte de más sujetos: “*Como se puede apreciar –así se enseña– la ecuación sociedad-empresario resulta evidente en las disposiciones del Código*”⁵.

Cuando esta hipótesis debe ser demostrada, no obstante, es decir, cuando el elemento de la “*actividad común*” debe ser encontrado en cada especie de sociedad, entonces se admite –por lo menos por parte de los intérpretes más atentos y provistos– que una “*actividad común*” referida a las sociedades comerciales es una “*noción formal*” y –se agrega– “*objetiva*”⁶, en la cual terminan así por confluir poderes y comportamientos

⁴ Galgano, *Diritto commerciale. Le società*, 5-6; Ferri, *Le società (Trattato Vassalli)*, 19-22; Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 250 ss., pero se trata, evidentemente, de un elenco del todo incompleto.

⁵ Ferri, *Commentario Scialoja e Branca al Codice civile*, Lib. V, Tit. V, 16.

⁶ Spada, *Tipicità*, 127-148.

que de por sí serían calificables muy difícilmente como auténtico "ejercicio en común de actividad económica".

La impresión que se obtiene de todo este trabajo interpretativo es que la "noción" termine siendo—más que un instrumento de clarificación una oración que explica la sustancia (*oratio substantiam significans*), como enseñó Boezio— un estorbo; o que aún más aquello que parecía ser un género (*genus*) perfectamente homogéneo, del cual fuera posible ofrecer una "noción" satisfactoria y definitiva, sea en realidad un archipiélago multicolor reunido y homologado por razones de hecho extrínsecas bajo un muy frágil nombre jurídico (*nomen iuris*) exento de la sustancia de cualquier fuerza coherente.

III. CRITERIOS EXTRÍNSECOS DE SISTEMACIÓN: SOCIEDAD DE PERSONAS Y SOCIEDAD DE CAPITALES. VERDADERAS O FALSAS HISTORIZACIONES

Cuando al interior de este género (*genus*) (o de este archipiélago multicolor), se buscan las líneas que marcan el confín entre las varias *especies* que lo componen, las dificultades parecen aumentar y se presentan siempre más evidentes las fuerzas centrífugas que minan en su raíz el fundamento de esta categoría sistemática que se ve aparentemente tan consolidada.

La distinción entre *especies* de sociedad que podría aparecer entre todas la menos problemática es aquella entre *sociedad de personas* y *sociedad de capitales*: las primeras—en el vigente sistema jurídico italiano son la *sociedad simple*, aquella en nombre colectivo y aquella en *comandita simple*— en las cuales el elemento perso-

nal prevalece tanto respecto de aquel patrimonial (se habla por esto de *intuitus personae*); las segundas incluyen la *sociedad a responsabilidad limitada*, la *sociedad por acciones* y aquella en *comandita por acciones*, en las cuales, por el contrario, es el elemento patrimonial que prevalece netamente sobre aquel personal, las personas de los socios asumen un relieve muy secundario (tanto que, por regla, la calidad del socio es libremente transferible), es, justamente en consecuencia de esta prevalencia del dato patrimonial respecto al (aquí habitualmente inexistente) *intuitus personae*, estas sociedades, así llamadas, "de capitales" están provistas de personalidad jurídica, que en cambio no tienen las sociedades personales.

También el régimen de las responsabilidades de los socios por las obligaciones sociales se presenta muy diferente entre las sociedades de personas y aquellas de capitales: mientras en las primeras son siempre los socios que responden personalmente e ilimitadamente de las obligaciones sociales (todos los socios indistintamente en la *sociedad en nombre colectivo* y, con algún leve temperamento, *cfr.* Art. 2267, Código Civil italiano, en la *sociedad simple*, los socios *comandatarios* en la *sociedad en comandita simple*), en las sociedades de capitales (con la sola excepción de aquella en *comandita por acciones*) los socios están siempre vinculados por las obligaciones de la sociedad dentro de los límites de sus concesiones.

En otros términos, en las sociedades de capitales es el capital mismo que garantiza a los acreedores de la sociedad el cumplimiento de las obligaciones sociales,

sin que –salvo casos excepcionales– a los mismos acreedores sea permitido “agredir” el patrimonio personal de los socios: encuentra aquí su justificación, aparentemente más convincente, el reconocimiento a las sociedades de capitales de la personalidad jurídica.

Las diferencias entre las dos especies de sociedad parecen, a primera vista imponentes, también si desde hace tiempo aquella que parecería, desde un punto de vista jurídico, la más vistosa (la personalidad jurídica, reconocida a las sociedades de capitales, negadas a aquellas de personas) es redimensionada por la mayoría de los estudiosos, tanto que se habla de su significativa “evaporación”⁷. A pesar de esto aún se mantiene la importancia de esta diferencia habitualmente destacada con tanto énfasis⁸.

A este destacado énfasis se agrega una consideración histórica particularmente cautivante: que las sociedades de personas habrían nacido en la sociedad mercantil bajo-medieval, o –como más frecuentemente se prefiere decir– en la edad pre-capitalista, mientras que aquellas de capitales serían el producto típico del primer capitalismo⁹.

La tesis no está exenta de superficiales confirmaciones que pueden hacerla aparecer óptima: vincular las sociedades de personas a la edad del mercante medieval y aquellas de capitales al formarse –en el siglo XVI– las grandes concentraciones de medios financie-

⁷ Galgano, *Società di persone*, 101-121 y bibl. *ivi cit.*

⁸ Ferrara-Corsi, *Imprenditori*, 210 ss.

⁹ Galgano, *Storia*, 46 ss., 61; Galgano, *Dir. comm. Le soc.*, 45 ss.

ros, contemporáneamente con el desarrollo del comercio transoceánico, aparece singularmente convincente.

Se trata, no obstante, no de una falsa distinción histórica, sino ciertamente de una distinción tan superficial, hecha –sobre todo– en función, no ya de una comprensión adecuada de las razones intrínsecas del sistema de las sociedades mercantiles y de su desarrollo histórico, sino de la confirmación en un cierto sentido “apologética” de visiones más “complejas” de la historia y de las dinámicas sociales.

Quien mira el desarrollo histórico que promovió el surgimiento de las sociedades, que nosotros hoy día llamamos “de capitales”, sin hacerse influenciar negativamente por aquellas exigencias “apologéticas” de las cuales se acaba de decir, puede constatar que, por lo menos hasta el Código de Comercio (*Code de Commerce*) napoleónico (es decir, hasta 1807), las intervenciones de los legisladores, primero holandeses y después franceses, se limitaron a dictar algunas reglas de control externo y de garantía (reglas típicas del derecho público) sin intervenir en la estructura y en los modos de funcionamiento de estas sociedades¹⁰, cuya historia “interna” se mantuvo extraña sustancialmente a estas tan enfatizadas intervenciones.

En otros términos, aquel que el codificador napoleónico recogió en la disciplina de las sociedades anónimas (*société anonyme*) (de la cual deriva, por condiciones bastante lineares, también nuestra sociedad por acciones) provenía, cierto, de una larga tradición

¹⁰ Spada, *Dalla nozione al tipo*, 101-108.

—normativa y de práctica en negocios— en la cual, sin embargo, el nacimiento de las grandes “Compañías” holandesas y francesas no parece haber constituido un “pasaje” particularmente significativo.

Para concluir, podemos decir que la historia de la tipología de las sociedades mercantiles, al querer reconstruirla sin forzarla y respetando las razones intrínsecas, está muy lejos de aquella gran división (*summa divisio*) entre sociedad de personas de capitales, que a primera vista podría parecer un punto de diferenciación casi infranqueable (y mucho menos tiene sentido, por lo histórico, aquella discriminación entre sociedad provista y sociedad desprovista de personalidad jurídica, a la cual también el jurista mira desde hace tiempo con menor interés).

IV. IRREDUCTIBILIDAD DE LA NOCIÓN DE SOCIEDAD CON EJERCICIO DE LA EMPRESA POR PARTE DE UNA PLURALIDAD DE SUJETOS

Un dato, sin embargo, en esta parte de nuestro discurso, parece adquirido ya indudablemente, y puede servirnos como línea de partida para el camino que aún nos queda por hacer: la noción de sociedad comercial —no solamente la noción codificada (que sería lo de menos), sino también aquella que emerge de una tradición de muchos siglos— no es pura y simplemente limitada a la idea de ejercicio de la empresa por parte de una pluralidad. Esto es y permanece verdadero, aunque no parece discutible que en teoría aquella igualdad “sociedad-empresa colectiva” sería absolutamente

irrefutable: es que, no obstante todas las razones y las conveniencias abstractas, algunas de las disciplinas que son calificadas como típicos casos legales de sociedades comerciales regulan, en realidad, relaciones que no corresponden de hecho al paradigma de la sociedad como empresa colectiva.

Por esto la “noción” que se lee en el art. 2247, y que debería representar el destilado último y definitivo de una categoría, se rebela finalmente un instrumento inútil. Para que el art. 2247 ofrezca de verdad aquella “noción”, que promete y no da, es necesario recurrir a un artificio interpretativo que consiste en dar una amplia pluralidad de significados a la expresión “ejercicio en común de una actividad económica”. Pero a estas alturas el círculo vicioso es demasiado evidente: si por una parte es claro que aquella “actividad económica” ejercitada “en común” es el fulcro esencial en torno al cual la “noción” de sociedad se construye, y por otra parte de aquella misma “actividad común” se ofrecen muchas definiciones muy diversas entre ellas y no unificables (sino en la mera convención del nombre común), es obvio concluir que una “noción” así hecha no define nada, y que por lo tanto la categoría existe sólo porque así lo ha querido un legislador, o porque otras razones a ésta extrañas (también “invencibles”) han determinado su formación.

V. LA RADICAL DUPLICIDAD DE LA CAUSA SOCIETATIS

Es obvio que no podemos conformarnos con esta conclusión solamente negativa: es decir, constatar la

vanidad de una definición legislativa, probar la inconsistencia –o, mejor dicho, la falta de unidad– de una categoría que se presentaría rigurosamente unitaria, no puede ciertamente ser satisfactorio. Si esta contradicción puede ser comprobada con los instrumentos interpretativos ordinarios, su verificación, una vez hecha, impone una investigación posterior para descubrir las razones de la contradicción.

Estas razones las podremos tomar, no en el interior del sistema codificado, sino a través de la reconstrucción del proceso histórico que ha conducido a la lenta sedimentación de un sistema según itinerarios de formación de los cuales los codificadores de las normas no tuvieron, ciertamente, alguna conciencia. Éstos en realidad se han limitado a “traducir”, en los esquemas típicos de la legislación codificada, el producto último de aquella sedimentación plurisecular.

Esta obra suya puede también aparecer, a los ojos de un lector un poco inexperto, particularmente coherente y racional, pero esta admiración deriva más de las características estructurales-formales propias de cada Código (la aparente totalidad, la extrínseca construcción en sistema) que de la intrínseca “bondad” de las normas individuales, cada una de las cuales permanece más como fruto de la larga y complicada historia que del “genio” ordenador de quien por último las redactó en el Código.

Por ahora, en el planteamiento de nuestra investigación, puede ser suficiente la conclusión tan provisoria a la cual acabamos de llegar: que la categoría de las sociedades comerciales no es unitaria, porque la “ac-

tividad económica común” –que debería representar el punto central de la definición del contrato de sociedad– es una noción no reducible a unidad.

También podemos decir, siempre en una primera aproximación, que en los tipos individuales de sociedad comercial puede encontrarse una actividad común de los socios, entendida en un sentido propio –como auténtica gestión común de la empresa– o bien puede destacarse una situación que sólo en vía “alegórica” puede ser calificada como “*actividad común*”. Así hay una bipartición fundamental de la categoría y de la *causa societatis*: hay sociedades a las cuales corresponde un ejercicio en común entre los socios de la actividad empresarial y otras en las cuales este ejercicio falta y que pueden ser consideradas pertenecientes a la categoría de las sociedades comerciales sólo bajo una ficción interpretativa (es decir, la de considerar “*actividad común*” también lo que *actividad común* ciertamente *no es*).

El teólogo Umberto da Selvacandida (1061) escribió una vez que (dos son los géneros de cristianos) “*duo sunt genera christianorum*” (los clérigos y los laicos); nosotros –modificando aquel célebre aforisma y reaplicándolo en otra materia– podríamos decir que (dos son los géneros de sociedades) “*duo sunt genera societatum*”: uno en el cual están comprendidas aquellas sociedades en donde es característico el ejercicio en común de la empresa por parte de los socios; otro en el cual este ejercicio está ausente.

En el primer caso –siempre para usar el lenguaje medieval– estamos en presencia de una (sociedad

propriadamente dicha) *societas proprie o propriissime dicta*, mientras que en la segunda hipótesis podríamos al máximo hablar de una (sociedad impropriadamente dicha) *societas improprie dicta*. Si aceptáramos esta primera conclusión se necesitaría reconocer que de las dos categorías de sociedades comerciales así definidas, la segunda sería una simple categoría "residual", determinada solamente sobre la base —toda negativa— de la ausencia del elemento esencial propio de la primera categoría. La investigación histórica permitirá dar un perfil más neto y un contenido positivo a esta segunda categoría sólo aparentemente "negativa".

BIBLIOGRAFÍA

- FERRARA-CORSI, *Imprenditori*, cit.
- FERRI, *Commentario al Codice civile*, a cargo de SCIALOJA y BRANCA, Lib. V, Tit. V, 3a. ed., Bolonia, 1981.
- FERRI, *Le società*, en *Trattato di diritto civile italiano*, bajo la dirección de Filippo Vassalli, vol. X, 3, Turín, 1985.
- GALGANO, *Le società di persone*, en *Trattato di diritto civile e commerciale (...)* Cicu (...) Messineo, vol. XXVIII, Milán, 1972.
- GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, cit.
- _____, *Diritto commerciale – Le società*, 2a. ed., Bolonia, 1984.
- SPADA, *La tipicità delle società*, cit.
- _____, *Dalla nozione al tipo della società per azioni*, en *Rivista di diritto civile*, 1985, I, 95 ss.