

Breves apuntes sobre la evolución de la sociedad comercial

El fenómeno de la separación de la propiedad y la gestión social y el fundamento de la limitación de la responsabilidad desde un enfoque histórico

Por

Juan Giggberger

Sumario: 1. Punto de partida. 2. La actualidad del problema y la utilidad del enfoque histórico. 3. Primeras formas societarias. 4. Origen y evolución de la sociedad anónima. 5. La sociedad anónima moderna.

1. Punto de partida

Cuando me encontraba merodeando la materia societaria, con particular énfasis en la estructura moderna de la sociedad anónima, surgió la posibilidad -y el interés- de incorporar la visión histórica del derecho. En concreto, me pareció entonces relevante abordar dos aspectos tales como el fundamento de la limitación de la responsabilidad del socio y la separación -cada vez más preponderante- entre propiedad y administración, ambos vinculados con el origen histórico del fenómeno societario.

2. La actualidad del problema y la utilidad del enfoque histórico

No resulta novedad que el fenómeno societario moderno se encuentra íntimamente vinculado al desarrollo del capitalismo y a la expansión de la empresa. Como correlato de ello, las críticas no se han demorado, en especial aquellas que, desde una visión "social" o vestidas de interés público cuestionan con particular virulencia la limitación de la responsabilidad del socio, al punto tal de propiciar su eliminación.

Desde otra perspectiva, pero no por ello con menor intensidad, se cuestiona desde hace algún tiempo la separación operada entre la propiedad (de las

acciones que representan el capital social) y la administración del ente. Es evidente que la tendencia, motivada por diversos factores, tiende a trasladar la gestión de la sociedad a sujetos altamente capacitados, convirtiendo a los propietarios en meros inversores. Así, se transfiere gran parte del poder decisorio que otrora integraba en forma inescindible el derecho de propiedad del socio, a profesionales que administran la empresa dotados de cada vez mayor poder.

Pues bien, planteado el origen y el tema a desarrollar, resta enunciar -y explicar- la vinculación histórica que aquí se intentará realizar. Ella resulta necesaria, ya que para conocer acabadamente el presente resulta indispensable conocer la dimensión histórica, en tanto debemos estudiar aquello que le ha dado origen¹. En palabras de Fernando de Trazegnies Granda, las cosas no surgen de la nada sino que cada hecho, cada situación, es un momento dentro de un proceso permanente de transformación que tiene sus cimientos en el pasado². Y es que, como lo sostiene el autor citado, la historia le restituye al derecho su dimensión temporal; ya que para conocer el derecho se debe conocer lo que ha sido y lo que tiende a ser³.

3. Primeras formas societarias

a.) Introducción. Como primer acercamiento, se puede afirmar que las sociedades comerciales, con ciertas características similares a las actuales, tienen su punto de partida en la edad media. En particular los tipos que hoy reconocemos como sociedad colectiva y en comandita. La anónima aparece en la edad moderna; pues como lo afirma Ripert, es un maravilloso instrumento creado por el capitalismo moderno⁴.

En relación con la sociedad colectiva, la opinión mayoritaria de la doctrina es que encuentra origen en las ciudades italianas de la edad media, como derivación del vínculo familiar. La tesis de Vivante sobre este aspecto es que las primeras sociedades de este tipo fueron conformadas por hermanos. La dificultad física que implicaba construir en ciudades amuralladas, la falta de espacio

¹ De Trazegnies Granda, Fernando. "El Derecho Prehispánico. Una aproximación al estudio de la Historia del Derecho en las culturas sin Derecho", *Revista de Historia del Derecho*, número 30, 2002, p. 299.

² Ídem, ob. cit., p.300.

³ Holmes, Oliver Wendell. "The Common Law" citado por Plaza, Martín "La utilidad del método de interpretación histórica", publicado en el diario La Ley del 10 de marzo de 2008.

⁴ Ripert, G. "Aspectos jurídicos del capitalismo moderno", cit. por Alconada Aramburu, Carlos R.S. "La sociedad anónima", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p.17.

y capital, junto con la dificultad que presentaba la división del patrimonio hereditario indiviso, llevaban a que se continuara la actividad paterna bajo el mismo techo. Esa comunidad de casa logra crear -someramente- una sociedad de responsabilidad ilimitada⁵. Desde esa primera matriz, el tipo acompañó la actividad de la pequeña industria doméstica, organizada fundamentalmente en pequeños talleres. En virtud de ese crecimiento, la sociedad comienza a ser integrada no solo por miembros de la familia, lo que supone la generalización del tipo social.

En cuanto a la sociedad comandita, algunos autores encuentran su origen en el derecho romano, por medio de la *institoria romana*, resultado del disfavor con que se reputaba el ejercicio del comercio; otros en cambio, creen que estuvo emparentada al préstamo marítimo a la gruesa (*foenus nauticum*). Sin embargo, una importante cantidad de autores consideran que el origen del tipo está en la edad media, como derivado del contrato de comanda o encomienda, a través del cual una persona confiaba a un mercader o a un marino un capital para que lo hiciera producir, tomando una parte de los beneficios. Resulta interesante destacar que el tipo cobró importancia por el uso que le dieron, por un lado, los nobles, que en razón de su clase no podían ejercer abiertamente el comercio, y la iglesia, al prohibir el préstamo a interés⁶.

b) El derecho romano. En términos generales, la sociedad fue considerada como un contrato, es decir, carente de atributos tales como patrimonio autónomo y personalidad jurídica distinta de la de sus socios. Los integrantes se repartían los beneficios y respondían por las pérdidas según lo convenido, o bien por partes iguales si no existía estipulación sobre el punto. El patrimonio social se confundía con el de los socios, pues éstos continuaban siendo propietarios de los bienes que aportaban y respondían por las obligaciones que contraía la sociedad.

El concepto de sociedad en el período histórico analizado tiene el sentido de asociación. Es decir, se aplicó a toda reunión de personas que se proponían conseguir un fin común, ya sea religioso, pecuniario, político o para la defensa.

El contrato, de carácter consensual, implicaba que dos o más personas se comprometían a colocar ciertas cosas en común para obtener una utilidad. Ese simple acuerdo de partes, perfeccionaba el contrato; al tiempo que el consentimiento podía manifestarse de cualquier forma, incluso oralmente. Lo que caracterizaba

⁵ Malagarriga, Carlos C. "Tratado Elemental de Derecho Comercial", Buenos Aires, TEA, 1963, T. I, p.243.

⁶ Malagarriga, Carlos C., ob. cit., p. 284/5.

la figura era el *animo contrahenda societatis* que debía recaer sobre dos puntos esenciales: 1) que los asociados se comprometían a poner ciertos bienes en común; y, 2) que tengan como fin un resultado lícito y común⁷.

En esta etapa, coexistían distintas clases de sociedades: las universales y las particulares. El distingo fincaba en la extensión de los bienes que los asociados incorporaban a la sociedad; mientras que en las primeras el aporte abarcaba la universalidad o parte alícuota del patrimonio de los asociados, en las segundas se colocaba -en común- solo parte de su patrimonio, mediante aportaciones de objetos particulares. Dentro de las universales, a su vez, había dos clases: la sociedad *omnium bonorum*, en la cual se comprometía el aporte en común de todos los bienes presentes y futuros de los integrantes, y la sociedad *omnium quae ex quaestu veniunt*, donde solo ingresaban los bienes adquiridos por el trabajo del socio durante la vigencia de la sociedad.

Las sociedades universales se distinguen -al decir de Petit- por su objeto, ya que no estaban destinadas a realizar operaciones especiales, sino que su más remota aplicación la ubica dentro del esquema familiar: sus asociados eran -en general- parientes a quienes los unía un mutuo afecto que determinaba la comunidad de bienes. A partir de allí, pueden encontrarse derivaciones de ella en la propiedad indivisa del jefe de familia (*consortium*), en la formada entre cónyuges, o en la *omnium quaestuum*, cuando un dueño otorgaba la libertad a varios esclavos y estos (*colliberti*) colocaban en común sus esfuerzos y ganancias.

En relación con las sociedades particulares, estas cumplían un papel importante para las grandes empresas que desarrollaban los caballeros romanos⁸. Se reconocían dos clases: la *unius rei* y la *alicujus negotiationis*. La primera implicaba un aporte en común de una o varias cosas determinadas para explotarlas y repartir los beneficios, restringida a una sola operación. La segunda, se conformaba con la idea de realizar una serie de operaciones comerciales de un género determinado, como el comercio de esclavos, del vino, de trigo, etc.⁹.

No puede concluirse este rápido paso por el derecho romano, sin mencionar las sociedades *vectigalium*, encargadas de la percepción de los tributos durante

⁷ Petit, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano", Buenos Aires, Albatros, 1958, p. 507.

⁸ Petit menciona que, si bien en Roma el pequeño comercio era menospreciado y dejado en manos de los esclavos y libertos, los caballeros explotaban casi todo el comercio de la Galia y de Asia. ob. cit., p. 510.

⁹ Petit, Eugene, ob. cit., p. 511. El autor señala que las más importantes, entre las *alicujus negotiationis*, eran las sociedades entre banqueros (*argentarii*), las empresas del transporte, de trabajos públicos y de suministros.

la República. Los caballeros romanos a los cuales se adjudicaba mediante subasta esa función (*publicani*), estaban autorizados a percibir los tributos y guardarse para sí lo recaudado, debiendo pagar al tesoro una cantidad fija en carácter de anticipo. La importancia de ese anticipo exigía la asociación de los *publicani* para lograr reunirlo, dando nacimiento a la sociedad *vectigalium*, asociación de capitales con personalidad jurídica propia (*corpora*).

La existencia de la persona jurídica en el derecho romano exigía la autorización legislativa, prerrogativa que solo algunas sociedades adquirían. Entre ellas, se destacan las *vectigalium* y las destinadas a la explotación de yacimientos de oro, plata y sal¹⁰.

c) La edad media. La literatura es coincidente en afirmar que la estructura jurídica utilizada por comerciantes y notarios del norte de Italia alrededor del año mil de nuestra era, contribuyó decididamente a plasmar la sociedad comercial que hasta hoy lleva el nombre de compañía¹¹.

Se reconoce en la compañía (o compañía en nombre colectivo) un sujeto de derecho con personería propia diferente de sus integrantes, cuya génesis proviene -no ya del derecho público, como ocurría en el derecho romano- sino del derecho privado del comercio.

El motor que impulsó su desarrollo fue el comercio existente en Génova, Florencia, Venecia y otros puertos mediterráneos y del Mar del Norte. A partir del siglo XI, el tráfico mercantil adquirió un nuevo impulso, donde resurgió el comercio marítimo¹². Esa nueva reactivación comercial que produjo el avance de la técnica societaria, estuvo seguramente basada en la experiencia del derecho romano, pero también de otras tales como el derecho germánico, a través de las invasiones de godos, visigodos y ostrogodos, o bien del derecho musulmán; ya que todas esas civilizaciones -con matices- conocían la sociedad en comandita y la utilizaban como base para ejercer el comercio. Los germánicos contaban con la *gesamtehand* o "sociedad de mano única" que, según relata Roca, otorgaba una significación unitaria al organismo social, independizándolo de los individuos singulares que lo componían, sin recurrir al derecho público para considerarla sujeto de derecho¹³.

¹⁰ Petit, Eugene, ob. cit., p. 511-512.

¹¹ Roca, Eduardo A. "Observaciones sobre la historia de la sociedad comercial", El Derecho, T. 7, p. 965.

¹² Aparecen en dicha época sociedades mercantiles con ciertas semejanzas con las del derecho romano. Así, las *societas maris* en Génova y las *colleganza* en Venecia.

¹³ Roca, Eduardo A., ob. cit., p. 966.

Las distintas experiencias acumuladas en épocas y civilizaciones anteriores, tuvieron en la Italia medieval su consolidación en la compañía. Ésta, en su origen, se gestó desde la pequeña comunidad familiar, usualmente conformada entre padres e hijos y otros integrantes de la familia que habitaban la misma casa (*cum pane*). Desde esa comunidad básica, sus integrantes aceptaban recíproca e ilimitadamente la responsabilidad de los negocios emprendidos. La compañía se instrumentaba por escrito, contaba con una razón social y se inscribía en un registro comercial junto con la firma de los asociados¹⁴.

Se perfila allí este nuevo sujeto de derecho, destinado a facilitar el ejercicio del comercio, a la par que con su aparición, desde entonces, se diferencian los acreedores individuales de los socios y los de la compañía.

La tradición medieval favoreció la responsabilidad ilimitada de los socios, ya que, debe recordarse, el origen de la sociedad descansaba en el *affectio societatis* expresado -inicialmente al menos- entre integrantes de la misma familia. Esa responsabilidad ilimitada, revestía carácter de norma consuetudinaria¹⁵.

La implementación de la compañía mercantil, a su vez, necesitó de ciertos presupuestos económicos tales como desarrollo urbano, un mínimo nivel artesanal e industrial, actividad comercial y espíritu de lucro. Todo ello tiende a expandirse cuando desde el núcleo familiar se amplía la comunidad doméstica asociando a otras personas para realizar un negocio en común.

Si bien el término "socius", que aparece en los fueros municipales carecía inicialmente de contenido mercantil, mediante el término "sociis" se reconoce a colegas, individuos que se dedican a una misma función. Luego, el fuero de Cuenca individualiza la relación jurídica de la sociedad o compañía y plantea como objetivo de ésta la obtención de beneficios (*ad lucrandum extra villam*)¹⁶.

Mediante el concepto amplio que ofrecían las *societas*, se organizaron expediciones militares, acciones bélicas y otras actividades que entrañaban importante riesgo e inversión. La figura recibió tratamiento sistemático en las Partidas,

¹⁴ Roca, Eduardo A., ob. cit., p. 967.

¹⁵ Martínez Gijón, José. "Historia del Derecho Mercantil, Estudios", Universidad de Sevilla, España, 1999, p. 491. Este autor destaca que los Estatutos de Siena de 1310 acogen la responsabilidad ilimitada de los socios, pero excluye la regla de la solidaridad, en oposición a la compañía familiar florentina, que continuó estructurada sobre la base de la responsabilidad solidaria e ilimitada de sus socios, una vez ejecutado el capital de la sociedad.

¹⁶ Martínez Gijón, José, ob. cit., p. 355/62.

donde se normativizó una sociedad contractual inespecífica, cuyo contenido concreto lo determinaba la práctica de su actividad¹⁷.

El desarrollo del comercio ultramarino, por ejemplo reflejado en el tráfico con las Indias, repercutió decisivamente en la utilización de formas societarias, ya que para emprender dicha empresa resultaba menester reunir importantes inversiones, limitar -en ciertos casos- la responsabilidad de los socios y -en alguna oportunidad- mantener el anonimato de los socios que realizaban los aportes de capital.

4. Origen y evolución de la sociedad anónima.

La anónima es el más reciente de los tipos societarios tradicionales. Su origen aparece ligado a las asociaciones privadas que se aplicaban a empresas de interés público. Su existencia estaba dada por autorización conferida por el Estado, que otorgaba a los socios el privilegio de la limitación de la responsabilidad y la facultad de ceder la cuota social¹⁸.

Resulta incuestionable que el surgimiento de la sociedad anónima está ligada a la colonización y a las expediciones a grandes distancias, y que entre las ventajas que ofreció la figura entonces -como ahora- se destacan la posibilidad de concentrar capitales, facilitar el fraccionamiento del capital y representarlo mediante títulos negociables.

Puede afirmarse que la creación de la sociedad anónima moderna tuvo lugar entre los comerciantes holandeses del siglo XVII. Según el relato de Garrigues, un sector mercantil audaz de Amsterdam, único puerto libre a todas las ideas, junto a los grandes navegantes holandeses, permitieron abrir nuevas perspectivas al comercio y a la industria. Ese impulso creador, dio lugar a nuevas formas de empresa, constituidas exclusivamente por aportaciones de dinero. Se sustituye -afirma el destacado jurista español- la base personal propia de la empresa individual y de la compañía colectiva por la base estrictamente capitalista, propia de la sociedad anónima¹⁹.

Sobre esa matriz funcionaron las compañías de Indias occidentales, en las cuales se destacaba -como nota característica- la absoluta dependencia del Estado y la desigualdad de derechos entre los socios, dada por la preponderancia de

¹⁷ Martínez Gijón, José, ob. cit., p. 365/6.

¹⁸ Castillo, Ramón S. "Curso de Derecho Comercial", Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, T. 3, p. 127/8.

¹⁹ Garrigues, Joaquín. "Hacia un nuevo Derecho Mercantil", Madrid, Tecnos, 1971, p. 24 y ss.

los grandes accionistas en contraste con la carencia o limitación de los derechos de pequeños. En relación al primer aspecto, cabe señalar que la sociedad era creada por el Estado mediante el sistema de *octroi*²⁰, y como creación estatal, este se reservaba una constante intervención en todo el desenvolvimiento del ente²¹. El otro aspecto reseñado, atinente a la asimetría de derechos entre los integrantes de la sociedad se explica por el régimen político imperante entonces en Europa. Así, a los grandes accionistas se les reservaba el derecho de elección activa y pasiva para los cargos del consejo de administración; actuación que permitía fijar los dividendos y decidir los asuntos principales de la gestión. Para los restantes accionistas, según lo afirma Garrigues, los asuntos sociales tienen poco menos que carácter secreto, ya que su intervención se reducía al derecho de percibir el dividendo y participar en el capital en caso de liquidación²².

La Compañía Holandesa de las Indias Orientales, fundada en 1602 sobre la base de ocho sociedades de navegación es, tal vez, la primera compañía constituida con las características de una sociedad anónima moderna²³. Se le asignó un capital fijo y permanente, representado en acciones cesibles y se estableció la asamblea como ámbito donde se reunían todos los titulares de las acciones para elegir administradores, aprobar las cuentas y determinar el dividendo²⁴.

Se advierte en esta etapa una creciente reformulación del fundamento y origen de la asociación, ya que la actividad de colaboración entre los socios pasa a un segundo plano, dando lugar a la participación capitalista como rasgo preponderante de la sociedad²⁵. Brunetti, en su magnífico tratado sobre la materia societaria, coloca a la *societates publicanorum* como paradigma de ello: formación colegiada, se les confía función de derecho público y por ende revestidas de personalidad jurídica²⁶.

²⁰ Acto de incorporación y concesión de derechos de soberanía.

²¹ Al frente de la sociedad anónima, usualmente, estaban los altos dignatarios del Estado; la convocatoria para las juntas y fijación del dividendo se cumplían por medio de ordenanzas reales; el Rey era quien decidía las aportaciones de los accionistas y la prohibición de nuevas suscripciones.

²² Garrigues, Joaquín, ob. cit., p. 25/6.

²³ Luego de ella se crearon: la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales, en 1621, la British East India Company, en 1612, la Compañía Danesa de las Indias Orientales, en 1616 y las Compañías Francesas de las Indias Orientales y Occidentales, en 1664.

²⁴ Roca, Eduardo A., ob. cit., p. 968.

²⁵ Brunetti, Antonio. "Tratado del Derecho de las Sociedades", Buenos Aires, Librería El Foro, 2003, T. II, p. 2.

²⁶ Brunetti, Antonio, ob. cit.

Resulta a esta altura ineludible insistir en que la sociedad anónima surgió al amparo del derecho público, ligada a ciertas funciones estatales, o como acertadamente lo señala Roca, a la vera del derecho público²⁷. Es que, además de reunir los atributos que actualmente tipifican a la sociedad anónima y que se ha dado cuenta en este trabajo, aquellas compañías de ultramar sumaban funciones tales como impartir justicia, acuñar moneda o mantener una guerra. Esas funciones delegadas resultaban necesarias para llevar adelante la política colonial de potencias como Inglaterra, Holanda y Francia.

En línea con la búsqueda del origen y evolución de la anónima se destacan también las experiencias del *Banco di San Giorgio* en Génova y el *Monte dei Paschi* en Siena, ya que en ambos casos se trató de una organización autónoma que desarrollaba en provecho propio -y no ya para el Estado- negocios diversos.

Otro tanto ocurre con las *maone*, en las que cierta doctrina observa un primer paso hacia las sociedades coloniales del siglo XVII y XVIII. Las *maone*, palabra árabe que significa socorro o ayuda, estaban constituidas por un grupo de ciudadanos que proveían, bajo directivas estatales, a los gastos necesarios para organizar una expedición naval, usualmente de ultramar, dirigida a la conquista de alguna colonia. Como contraprestación a los aportes efectuados, el Estado les reconocía el usufructo de cierta colonia o el monopolio para ejercer en ella el comercio de determinadas mercaderías. El crédito total de la organización estaba dividido en cuotas iguales, que otorgaban paridad de derechos a la participación de los beneficios; y hasta que no se cancelaba el crédito, los titulares de esas cuotas, constituían una sociedad anónima a los efectos de cuidar de la colonia en usufructo²⁸.

Debe señalarse que tales instituciones diferían -sustancialmente- de la ulterior sociedad anónima, por cuanto siempre instrumentaban un interés del Estado para la realización de distintas empresas. Brunetti refiere, por ejemplo, que la participación en las *maone* era considerado un acto de patriotismo más que una empresa de especulación, extremo que la moderna sociedad anónima modifica de raíz²⁹.

Las corporaciones del antiguo derecho minero alemán (*Gewerkschaften*) presentaban también alguna similitud con la moderna sociedad anónima. La propiedad inmobiliaria de la mina se dividía en cierto número de cuotas ideales

²⁷ Roca, Eduardo A., ob. cit., p. 968.

²⁸ Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 5.

²⁹ El autor mencionado relata que la atribución de los réditos del comercio de las colonias genovesas era normalmente concedida *loci usurarum*, con lo que, en lugar de un beneficio, frecuentemente se tenía una pérdida. Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 7.

(*kux*), que constituían un título; pero la nota característica estaba dada por cuanto cada una de ellas no representaba, como la acción, una cierta suma de dinero correspondiente a una aportación realizada, sino una fracción determinada del patrimonio de la sociedad³⁰. Una estructura similar existió en Francia en el siglo XIII con algunas sociedades civiles para la explotación de molinos, a cuyos miembros se lo consideraba partícipes.

Un fuerte impulso en la evolución de la anónima estuvo dado por la actividad marítima, en función de la construcción de barcos y la organización de importantes viajes. Según lo indica la doctrina, la compañía del siglo XVII surgió de la mezcla de dos variantes. Por un lado la *reederei* nórdica, en la cual existía un vínculo real de condominio por medio de la parte alícuota que corresponde al socio en la propiedad del buque. Otra alternativa era la *commenda* mediterránea, en la cual la vinculación se mantenía personalmente con el *tractor*, el socio público que -frente a terceros- era el propietario del barco y responsable del viaje³¹. En la *reederei*, estaría el antecedente de la división del capital en acciones, ya que eran asociaciones de armadores de buques en la que los asociados tenían una especie de título de condominio sobre aquéllos en proporción al capital aportado. En la *commenda* o sociedad tácita, puede encontrarse el precedente de la responsabilidad limitada³².

Como quedó expuesto, el gran auge de las anónimas tuvo un punto de inflexión luego del "descubrimiento" (o conquista, según el prisma que se elija para analizar el tema) de las tierras transoceánicas. En el siglo XVII, luego del establecimiento de las colonias en América, se desató una lucha por la posesión de territorios y supremacía de los mares, pero como los medios de que disponían los Estados eran insuficientes para cumplir tales desafíos, se constituían grandes compañías comerciales con aportes de los ciudadanos, que se proponían la adquisición y la administración de las colonias, contando para ello con prerrogativas soberanas.

De este influjo, particularmente en Inglaterra, Holanda y Francia, los consorcios de propietarios armadores de naves, donde alrededor de ellos se sumaban muchos capitalistas (*reederei*), constituyó una figura cercana a la moderna estructura de la anónima. Como lo destaca Brunetti, allí se destacaba una diversidad de voluntades que unificaban su deseo de participar en una empresa de especulación marítima. A ello se sumaba la limitación de la responsabilidad del partícipe, ya garantizada al socio capitalista en la *commenda* y al asociado en

³⁰ Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 7.

³¹ Roca, Eduardo A., ob. cit., p. 969.

³² Colombres, Gervasio R., "La Evolución de la Sociedad Anónima", JA 1958-III, p. 17.

la asociación en participación (*Stille Gesellschaft*), que constituyen verdaderos elementos informadores de la sociedad por acciones³³.

En cuanto al vínculo de la sociedad anónima con el Estado, cabe señalar -siguiendo a Primker- que en un principio, la sociedad nacía fundada en la fuerza de un privilegio concedido por el Estado (*octroi*), y, por ende, como institución de derecho público. Se trataba de un privilegio en sentido estricto (privilegio legislativo, *lex specialis, constitutio personalis*) por el que se creaba un nuevo derecho objetivo, pero solo para el caso particular, sin ningún efecto para los demás semejantes. Se reconocía a la sociedad como institución de tráfico, pero no todavía como institución jurídica. De este sistema se pasó al de concesión, que reconocía a la sociedad por acciones como libre asociación, pero que aseguraba al Estado fuertes prerrogativas para su reconocimiento y funcionamiento. Para operar ese cambio, por un lado se destacó la utilidad de la sociedad para promover el desarrollo del comercio y otras actividades, si bien se observó con recelo la posibilidad de cometer fraudes por intermedio de la figura, razón por la cual el poder estatal debía mantener un férreo control. Las sociedades que recibían la concesión, quedaban sometidas a la vigencia del Estado³⁴. Mientras que el reconocimiento (*octroi*) importaba un privilegio legislativo (*ius statuendi*), la autorización constituyó un privilegio administrativo (*ius confirmandi*).

Luego, se reemplazó la autorización por el sistema de la reglamentación positiva, en el cual la constitución de la sociedad no se subordina al beneplácito del Estado (según la conocida trilogía: oportunidad, mérito y conveniencia), sino que es libre. El Estado se reserva la facultad de dictar las disposiciones que crea convenientes, las que deberán ser cumplidas para la constitución del ente. Finalmente, a través del denominado sistema de la publicidad, adoptado en Francia, se arriba a la fase de la codificación³⁵.

Según la autorizada opinión de Otaegui, el *Code de Commerce* enriqueció el elenco de las sociedades comerciales, pues sumó a los tipos clásicos de la colectiva (que negociaba en nombre de todos sus socios) y de la comandita (que lo hacía en nombre de los socios comanditados), una sociedad que no negociaba en nombre de socio alguno, razón por la cual la llamó *anonyme*, ya que lo hacía en su propio nombre, pues era una persona distinta de sus miembros³⁶.

³³ Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 9/10.

³⁴ Primker, citado por Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 15.

³⁵ Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 15/6.

³⁶ Otaegui, Julio C. "Sociedades Comerciales", diario La Ley del 2 de marzo de 2009. En igual sentido se expide Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 17.

La sociedad anónima era una corporación derivada, entre otras formas y figuras ya señaladas antes, de la Compañía Colonial de la Edad Moderna, destinada a la explotación mercantil de tierras de ultramar, que actuaba -en cada caso- con la autorización de la corona o el parlamento. A su vez, la Compañía Colonial tenía su origen -probablemente- en ciertas formas utilizadas en la Edad Media como la *universitas personarum* o *corporatio*, cuya creación importaba -en todos los casos- un privilegio que concedía la autoridad pública³⁷.

Es entonces el Code de 1807 un instrumento que revolucionó el derecho societario, ya que permitió la creación de sociedades anónimas sin necesidad de una ley en cada caso, si bien el Estado se reservaba la facultad de ponderar la existencia de interés público mediante una decisión administrativa. Ese esquema fue aplicado entre nosotros con la sanción del Código de Comercio en 1862 y su posterior reforma en 1890.

A partir de allí, se inició un proceso evolutivo que flexibilizó la constitución de la anónima, cuya resultado actual es la supresión del requisito de autorización administrativa. Cabe sin embargo apuntar, que la codificación francesa de 1807 debió volver al antiguo sistema de la concesión, debido a la creencia de que el orden público involucrado en esa materia, evitaría la consecución de fraudes.

Según la opinión de Colombres, la sociedad liberal-capitalista codificó por obra de Napoleón el régimen de sus instituciones privadas, y con esos instrumentos legales fortaleció el capitalismo³⁸.

En paralelo con la evolución política, la sociedad anónima se democratiza en el siglo XIX. Para ello, se libera de la intervención estatal, pues se sustituye el sistema del *octroi* por el de concesión, y -luego- por el sistema de las disposiciones normativas. También, por cuanto se resalta la junta general (asamblea) como órgano soberano, para cuyo funcionamiento se aplica el principio de mayorías. Por último, en la vida interna de la sociedad, rige el principio de la igualdad de derechos para todos los accionistas³⁹.

La moderna sociedad anónima, como persona privada que nace y vive con independencia del Estado, mantiene sin embargo una fisonomía similar a un

³⁷ "*Universitas non poteva esistere sine auctoritate episcopi vel principis*". Otaegui, Julio C., ob. cit., con cita de Verrucoli, Piero, "Il superamento della personalità giuridica nella common law è nella civil law".

³⁸ Colombres, Gervasio R., ob. cit., p. 17.

³⁹ Garrigues, Joaquín, ob. cit., p. 27.

pequeño Estado, no ya con los rasgos absolutistas del siglo XVII, sino del Estado democrático del siglo XIX. El maestro Garrigues lo explica con claridad: si bien la sociedad anónima está dominada por la idea de lucro (aún cuando se trate de construcción o explotación de obras o servicios públicos), mantiene una organización de tipo corporativo jurídico público, que acerca la figura al derecho público. Para mantener su tesis, el autor destaca que la sociedad anónima esta dotada de una constitución (estatutos), rígida, que requiere una asamblea especial para modificarla; su actividad se desarrolla por medio de órganos que guardan similitud con los diferentes departamentos (funciones) del Estado, al tiempo que la calidad de socio recuerda -en algún sentido- el estado de ciudadanía⁴⁰.

3. La sociedad anónima moderna

Para el cierre de este trabajo, me permitiré citar como disparador una cita del maestro Ascarelli que resulta esclarecedora de la problemática actual: *la sociedad anónima representa uno de los instrumentos jurídicos típicos de la economía moderna y una especie de microcosmos jurídico, singularmente rico en problemas que a su vez corresponde en un campo más limitado, a problemas de carácter más bien general*⁴¹.

Es que, a la par de las ventajas que la estructura de la sociedad anónima puede aportar como forma jurídica de la empresa, no es menos cierto que la libertad de mercado en la cual encuentra su esplendor, ha sido duramente cuestionada desde distintos sectores. No tan solo desde una perspectiva ideológica o política, sino también desde la religión. Tan es ello así que en la Encíclica *Mater et Magistra*, Juan XXIII subrayó la hegemonía económica, que tras suceder a la libertad de mercado, acentuó la avaricia del lucro, la desenfrenada codicia y ha desembocado en el imperialismo internacional del dinero (1961).

Resulta incuestionable que la sociedad por acciones es un medio idóneo para reunir los capitales que requiere la gran industria. El derecho cuenta en nuestros días, luego de la evolución que ha sufrido desde sus albores, con un depurado instrumento jurídico que permite esa colección de capitales. Pero la utilización de la figura, por el poder del instrumento, en palabras de Ripert, ha asustado a sus constructores⁴². Empero, como ajustadamente lo sostiene

⁴⁰ Garrigues, Joaquín, ob. cit., p. 28.

⁴¹ Ascarelli, Tullio. Principios y problemas de las sociedades anónimas, 1951, p. 13-14.

⁴² Ripert, G. Aspectos jurídicos del capitalismo moderno, Buenos Aires, 1950. El autor afirma que "los hombres han poblado el mundo de nuevos seres, sin embargo tienen tanta vida como las personas físicas... (...)...vacilan en destruirlo, porque no saben con exactitud si podrán prescindir de él".

Alconada Aramburu, el aniquilamiento de la máquina jurídica no resuelve el problema, como tampoco lo solucionaría la utópica destrucción de las maquinarias para corregir los errores del régimen capitalista⁴³.

Resta decir, que la persona jurídica societaria, analizada tal como lo hace la moderna doctrina en punto a considerarla como un recurso técnico, ha permitido obtener, por medio de su forma instrumental, objetivos muy distintos a los propios de la realidad social para cuyo servicio fue creada, logrando en no pocas oportunidades una degeneración teleológica de la figura.

Ahora bien, con independencia de la valoración que de ella pueda efectuarse, debe señalarse que la libertad económica, el anonimato, la libre transferencia de las acciones, la responsabilidad limitada de los socios, la posibilidad de agrupar capitales en vista a la organización de una empresa sin ninguna traba, dio lugar a una nueva forma de riqueza. La sociedad anónima, progresivamente, se convirtió en el centro de la vida económica contemporánea⁴⁴. No puede entonces soslayarse el especial ámbito que encontró la anónima para su desarrollo dentro del sistema liberal-capitalista y las ideas imperantes en la época.

En ese esquema, debe repararse que la sociedad anónima es gobernada por la asamblea, conformada por la reunión de socios. Por ende, es aquella su "autoridad suprema", que se ejerce en virtud de su carácter de "dueña". Ese ejercicio es la expresión del derecho de propiedad, derecho natural que aparece aquí con toda su fuerza⁴⁵. El ejercicio del gobierno social que lleva adelante el propietario de la sociedad es -en el siglo XIX y comienzos del XX- inescindible. No podía pensarse en otra alternativa que aquella que reunía la propiedad y el ejercicio de ese derecho en la gestión del ente. Es un axioma sencillo y elocuente: los socios administraban la sociedad.

El directorio, en los albores de la sociedad anónima, tenía una mera función delegada por los propietarios de la sociedad. Sin embargo, resultaba cada vez más evidente la imposibilidad de que los negocios sociales, cada vez más complejos, fuesen conducidos personalmente por los socios. Como consecuencia de ello, la asamblea comienza a designar los administradores, que actúan como mandatarios.

La crisis jurídica de la sociedad anónima no se demoró y comenzó a generalizarse. La progresiva intromisión del Estado daba lugar a la denominada "publicización"

⁴³ Alconada Aramburu, Carlos, ob. cit., p. 20.

⁴⁴ Colombres, Gervasio, ob. cit., p. 19.

⁴⁵ Colombres, Gervasio R., ob. cit., p. 18.

del derecho privado. Se observa un ciclo circular en su desarrollo histórico: nace desde el derecho público como un ente estatal o cumpliendo funciones estatales y con potestades soberanas, tiene su mayor desarrollo durante el imperio de ideas liberales y se emancipa por completo del Estado, para volver luego al control estatal.

Esa crisis ha impactado de distintas formas sobre la estructura societaria, pero aquí interesa referirnos a la evolución que, en virtud de ella, ha tenido la relación entre propiedad y administración. Se ha operado al respecto, un cambio radical en el paradigma del derecho de propiedad, ya que se advierte un creciente divorcio entre la propiedad de las acciones y la gestión (administración) del ente.

La noción de propiedad ha mutado, pues ha perdido -según Colombres- todo carácter personal. Esa propiedad "nueva" tiene un sentido distinto, un sentido comercial que la distingue de la propiedad civil. Además, se han diversificado los bienes susceptibles de inversión⁴⁶. La difusión de las sociedades anónimas, ha creado nuevas formas de colocación de dinero; donde antes la inversión se realizaba -fundamentalmente- sobre inmuebles, divisas y oro, ahora puede realizarse adquiriendo acciones y títulos cuya oferta pública realizan las sociedades que cotizan en distintos mercados.

Es dentro de este esquema, donde la noción de propiedad ha cobrado otra dimensión, en el cual se inscribe la creciente escisión entre la propiedad de acciones y la participación en la gestión social. Pero también ha influido notablemente en ello, la complejidad de la administración de las sociedades anónimas modernas: de manera gradual se requiere cada vez mayor especialización en las tareas que la gestión requiere. El propietario "profano" debe limitar su derecho a participar en la gestión y ceder ésta a profesionales y especialistas.

Todo este proceso a llevado a que los accionistas sean considerados inversores antes que "dueños" de cierta participación social.

Las palabras finales están referidas al fundamento de la limitación de la responsabilidad de los accionistas.

Esa limitación, descansa sobre dos fundamentos: los riesgos extraordinarios y la ingobernabilidad de la dirección o gestión de los negocios⁴⁷.

⁴⁶ Colombres, Gervasio R., ob. cit., p. 20.

⁴⁷ Anaya, Jaime L., "Sociedades inicialmente unipersonales", *Revista El Derecho*, T. 124, p. 724 y ss.

El primer aspecto remonta a la época de la compañía colonial y al comienzo de las grandes expediciones marítimas encaradas -especialmente- a partir del siglo XVII. Ya se explicó aquí, la necesidad de reunir grandes sumas de capital para afrontar tamaña aventura, a lo que se adicionaba el interés estatal comprometido. Todo ello alentaba a que se constituyeran sociedades bajo un régimen de carácter cuasi-público, mediante acto del príncipe, gozando los participantes de una limitación de la responsabilidad al solo aporte en caso de fracaso⁴⁸.

En cuanto al segundo fundamento, éste se asentaba -a juicio de Anaya- en el postulado básico de la correlación entre la responsabilidad de los socios y su derecho de gestión.

Cabe señalar que ambos fundamentos sufrieron importantes mutaciones en el siglo XIX, toda vez que la sociedad anónima se independizó paulatinamente del Estado y se estableció como forma jurídica arquetípica del derecho privado. En ello influyó decisivamente, tal como quedo dicho más arriba, la codificación francesa de 1807. La regulación legal, en Alemania, de la sociedad de responsabilidad limitada en 1892 aportó otra importante razón al cambio apuntado.

Finalmente, según la autorizada opinión de Brunetti, la participación de los socios de responsabilidad limitada a la aportación, propia de la *commenda*, contribuyó -probablemente- a crear el tipo de *participante*, el futuro accionista⁴⁹.

⁴⁸ Anaya, Jaime L., ob. cit., p. 725.

⁴⁹ Brunetti, Antonio, ob. cit., p. 11.