

Doctrina

EL NUEVO DERECHO SOCIETARIO: “LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD”**Claudio Fabián García¹****1.- INTRODUCCION**

Este trabajo tiene por finalidad presentar para su análisis el lema creativo y realista aplicable al derecho en general y al derecho societario en particular de “**Libertad bajo responsabilidad**” que consigna el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Congreso Iberoamericano de derecho societario y de la Empresa, por constituir una brújula que se debe desbrozar para poder entender un conjuntos de temas vinculados, coordinados y correlativos para su correcta valoración jurídica, según las circunstancias subjetiva y objetiva, como también para su interpretación y su función de calificación y de integración de la relación de organización como negocio jurídico societario.²

Nuestro ensayo está circunscripto a la teoría general del derecho, a la teoría general del negocio jurídico y a la teoría general del contrato en términos generales. Este es el ámbito de nuestro análisis jurídico de libertad bajo responsabilidad, en relación con la inscripción del congreso que le da sentido y orientación al nuevo derecho societario; que a nuestro juicio debe ser entendido como un **plan económico-jurídico, organizado y planificado de las partes–como expresión de la libertad, buscando la compatibilidad con el ordenamiento estatal –es decir, bajo responsabilidad o autorresponsabilidad-, con distribución de riesgos, ventajas y desventajas, destinada a reaccionar frente a las circunstancias del tráfico social, teniendo en cuenta la cooperación asociativa funcional que crea un ente con estructura corporativa, que está orientado a un fin autónomo - objetivo y subjetivo-de carácter previsor en cuanto al comportamiento inicial y final del negocio jurídico societario.**

De esta forma no sólo se considera como un programa puro y simple en donde los particulares disponen para el futuro una regulación vinculante de intereses en sus relaciones jurídicas, para actuar la libertad, pero bajo responsabilidad, dando contenido al negocio jurídico societario. Por ello, es de señalar que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente en la gestión de los negocios sociales, teniendo en cuenta la valoración de la previsibilidad de las consecuencias, salvo confianza especial en la que se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. En todos los casos, se debe implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflicto de intereses en sus relaciones con la persona jurídica y con terceros–arts. 150, 158, 159,1725, 1710, 1728 CCC.³

Teniendo especialmente en cuenta lo anterior, y la tendencia expansiva que importa nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto al hecho, acto, negocio y contrato, ha superado los

¹ Abogado. Miembro del Instituto de la Empresa –por Entre Ríos- de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba desde 24 de noviembre 1993.

² Cfr.: RICHARD, Las relaciones de organización...ps. 19, 127, 390; APARICIO p. 174, y nota 92; sobre interpretación y la calificación GALGANO, ps. 427 sgts.; Interpretación e integración del negocio MESSINEO, ps. 483; sobre interpretación en general CARIOTA FERRARA, ps. 607 sgts.; BETTI, ps. 237 y sgts.; STOLFI, ps. 287; CAMPAGNUCCI DE CASO, p. 359.

³ cfr.: FERRI, p. 15; BETTI, ps. 41 sgts.; RICHARD, ps. 13 y 16; PALMERO, p. 845

límites del mismo, y ha penetrado en otros ámbitos del derecho, como en el negocio jurídico societario entre otros.

Por ello, el concepto de *negocio jurídico* fue construido de modo que cubriera por entero todo el ámbito dentro del cual la constitución o la modificación o la extinción de las relaciones jurídicas quedan, con distinto alcance, a la libre determinación de los sujetos, salvo en el marco de la relación de organización corporativa, dónde las normas de orden público, normas imperativas y dispositivas encuentran su combinación en el marco legal. Además, el concepto de negocio jurídico es coextensivo y correlativo al de autonomía privada.⁴

En el orden contractual, se debe tener especialmente en cuenta la capacidad expansiva de la regulación del contrato a los actos jurídicos unilaterales *inter vivos* con contenido patrimonial, a pesar de las características estructurales (bilateral) de la institución, hace del contrato una suerte de sinónimo del negocio jurídico, en este sentido nos preguntamos si es aplicable el art. 1443 CCC a los actos pluripersonales o plurisubjetivos como por ej.: a los actos colegiales, colectivos y complejos.⁵ Por ello, cuando se habla de negocio jurídico, se piensa inmediatamente en el contrato, y más allá de sus límites, sólo se ve el matrimonio y el testamento. Quedando fuera de su campo de análisis figuras relevantes de actos unilaterales entre vivos como la declaración cartular, como el voto y el acuerdo asambleario.⁶

Por último hay que tener en cuenta una nueva aclaración, cuando se piensa en el contrato desde el punto de vista de la teoría general, se tiene cuenta la doctrina del contrato bilateral o de cambio casi exclusivamente, dejando de lado aquellos otros en que no se da típicamente lugar a relaciones jurídicas inspiradas en la antítesis del fenómeno económico de cambio; quedando fuera de la observación una infinidad de figuras que tienen causas asociativas, que consolidan la cooperación asociativa funcional del pacto; cuando es evidente el carácter omnicompreensivo que se ha intentado atribuir al concepto de negocio jurídico, de manera que abarcara cualquier manifestación de autonomía privada.⁷

Por lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que se construyó la disciplina del contrato en general, sobre el esquema del contrato de cambio, quedando fuera de esta edificación jurídica, un sin número de categorías contractuales –trabajadas por el Maestro RICHARD-, que modifican y amplían la teoría general del contrato, en su aspecto nuclear, esto es, el **consentimiento, el objeto, la causa dándoles mayor elasticidad y cambiando la morfología interna de los elementos**. En este sentido, se tendrían que volver a redefinir teniendo en cuenta las figuras singulares estudiadas, en sus rasgos y perfiles específicos que se consideren en particular; vale decir, se definen los elementos *ex pos*.⁸

Ello se justifica aún más si tenemos en cuenta que se debe agregar un plus como elemento ulterior, llamado **organización** – sea esta, corporativa o no-, para la estructura de la actividad a desarrollar, que recubre y coordina a todos los elementos en una unidad funcional de intereses específicos, ampliando de este modo el *contenido* del contrato y sus *efectos* dispuestos por el

⁴ GALGANO, p. 28; MESSINEO, t. V, p. 302; MARSILI, ps. 119 sgts, analiza el orden público societario y la autonomía de la voluntad en el capítulo X.

⁵ Cfr: CARIOTA FERRARA, ps. 142, parágrafo 46; OSTI, ps. 473 sgts., parágrafo 9.

⁶ GALGANO, ps. 54 sgts.; FERRI, ps. 167 sgts.

⁷ FERRRI, ps. 167 sgts.; GALGANO, ps. 54 sgts.; FERRARA j, Gli imprenditori..., ps. 97 sgts., parágrafo 92; FARGOSI, Sobre la naturaleza del acto constitutivo..., p. 263.

⁸ Cfr.: MOSCO, p. 102, 108 parágrafo 32, donde habla de la elasticidad de la causa en el contrato asociativo.

ordenamiento jurídico por mandato legal previsto, como dato dinámico del pacto. Sin la actividad no podría obtenerse el logro del fin común o autónomo.⁹

En el fenómeno asociativo el elemento organización era extraño al derecho de los contratos por ello, no fue parte del estudio metodológico iuscivilistas, salvo algunas excepciones, claro está que el aporte estuvo dado por los iusmercantilistas.¹⁰ Solo cabe agregar, que es parte del *contenido* del negocio, no solo la regla privada, sino también las reglas de conductas y fundamentalmente los usos, prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieran a ellos o en situación no regladas legalmente –arts. 1, 963 y 964 CCC.-

Cabe desde otro orden de ideas relacionar y vincular el derecho subjetivo privado y el negocio jurídico, ambos están al servicio de la libertad y de la autonomía privada, pero con finalidades esencialmente distintas, ya que cada uno de ellos representa la solución de una diferente cuestión, si bien sean estas correlativas y complementarias.¹¹

El concepto de negocio jurídico se ha formado sin ligadura alguna a la de derecho subjetivo y, en cambio, en estrecha unión con el concepto de declaración; solo últimamente, a medida que ha comenzado a emanciparse de este se ha venido descubriendo su relación funcional con el derecho subjetivo.¹²

Hay que tener en cuenta que tanto el derecho subjetivo privado como el negocio jurídico están presididos por el principio de libertad y por la consiguiente autoresponsabilidad o responsabilidad; de este modo, el derecho subjetivo cumple una finalidad estática, de conservación y tutela. El negocio, por el contrario, tiene una finalidad dinámica, de iniciativa y renovación. Con el derecho subjetivo resuelve el orden jurídico el problema de proteger los intereses privados tal como los encuentra constituidos en el ordenamiento económico-social que tutela. Con el negocio jurídico soluciona el de ofrecer a la iniciativa individual el modo de desplegarse y actuar, modificando la posición de aquellos intereses, según las directrices que los particulares mismo juzguen más convenientes.¹³ El negocio jurídico, por su trascendencia social y su carácter vinculante, *es un instrumento peligroso que no debe utilizarse sino por claros y serios motivos debidamente fundado y con carácter previsor*; en efecto, la iniciativa privada, en cuanto libre, se hace acompañar un riesgo por el uso desidioso o incauto que de ella se haga, que el Derecho atribuye, como es justo, a la parte indolente o poco avisada. Son libres los individuos de actuar en el sentido de su propio beneficio, según su criterio, pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrollada, están sólo a cargo de ellos.¹⁴

Conciliar la libertad y la responsabilidad como fundamento del derecho, para demostrar que no son facultades antitéticas, ni excluyentes la una de la otra; sino, por el contrario, subsidiaria y complementarias, por lo tanto, no debe ser de resistencia y mucho menos de hostilidad, sino de coordinación, de interdependencia, de integración y de tutela en la constatación de dos sistemas de valores sincrónicos-del negocio y del ordenamiento estatal-. En el mundo civilizado la tendencia a

⁹ Cfr.: en cuanto al contenido del negocio: FONTANARROSA, p. 42; CARIOTA FERRARA, ps. 94 sgts.; GALGANO, ps. 123 sgts., en particular p. 203; BETTI, ps. 132 sgts. MESSINEO, t. II, p. 357; STUGLITZ, ps. 343; en cuanto al estudio de cada elemento APARICIO, t. I y II; ASCARELLI, Panorama..., ps. 31 y sgts., donde trata puntualmente el principio de la libertad contractual y la causa del contrato; ROMERO, ps. 376 sgts.

¹⁰ GALGANO, ps. 202 sgts.

¹¹ DABIN, ps. 271 y sgts.; BETTI, ps. 39 y sgts.; MESSINEO, t. II, p. 8.

¹² CARNELUTTI, ps. 272 y sgts.

¹³ BETTI, p. 46; MESSINEO, t. II, p. 8; CARNELUTTI, ps. 199 y sgts.; DABIN, ps. 271 y sgts.

¹⁴ BETTI, p. 91; cfr.: IRTI, p. 209, punto núms. 3; CARIOTA FERRARA, ps. 32 sgts.

que predomine la autoridad del Estado sobre la libertad individual, porque cuando en un país, la ley no es la más fuerte, cede su lugar al derecho del más fuerte.¹⁵

De este modo **“libertad bajo responsabilidad”** propone una verdadera síntesis como principio único en una armoniosa comunión, o mejor dicho en una construcción de alteridad- entre ambos, a fin de poder dar el debido alcance como principio jurídico fundamental, que a nuestro juicio tiene un contenido actual y progresista, que se debería sembrar por todo el derecho como pauta axiológica, de calificación y de integración. En definitiva, en cada hecho, acto, negocio y contrato se evalúa la conciliación entre libertad y responsabilidad –con carácter previsor-, tal como lo encontramos en el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación, en infinidad de situaciones balanceadas anticipadamente desde el origen por la parte que toma la iniciativa –responsabilidad- y la –confianza- en el otro extremo del negocio. Es que hay que tener en cuenta que faltan ambos estudios sistemáticos, que sólo lo abordamos tangencialmente, pero que surgen de una lectura sistemática del CCC.-

El correcto manejo de la libertad concito durante muchísimos siglos a los juristas para encontrar una adecuada correlación entre el elemento interno de la voluntad con sus formas de manifestación, para lo cual se espiritualizaron las instituciones y se intentó por todas formas que nadie fuese responsable por algo que no quiso o no fue exactamente lo que había sido su decisión libre. Cabe aclarar que el principio de la voluntad está limitado por el de responsabilidad combinado con otro principio, el de confianza.¹⁶

Esto también comprende a la libertad de empresa bajo responsabilidad en sus cuatro facetas: subjetiva-objetiva, patrimonial, funcional y corporativa, como fenómeno económico poliédrico y como ejercicio profesional, en que se desarrolla la actividad y se consigue el fin autónomo a través de la persona jurídica, con una imputación autogestante.¹⁷

Libertad bajo responsabilidad se sintetiza en un **“Plan económico-jurídico, organizado y planificado”** como característica que integra el sujeto sociedad, con una imputación diferenciada o autogestante.¹⁸

Tal relación de organización que tiene características muy particulares, como la desarrollamos en este trabajo, no podría disolverse ad libitum del socio; ni podría pedir la restitución de lo que ha aportado; del mismo modo que el socio no podría ser eliminado a mero arbitrio de los otros socios, De tal principio deriva que, mientras la entrada en sociedad es acto voluntario o negocial, la salida no depende solamente de la voluntad del socio, porque la relación de duración debe generar *estabilidad* como tutela de terceros y de los intereses colectivos.¹⁹

El derecho privado patrimonial está compenetrado con la noción de empresa como actividad y ha construido una teoría general de la persona jurídica, cómo medio técnico -durable como empresa- por el cual esa actividad económica se organiza en su estructura jurídica para el objeto propuesto por la sociedad, necesitando una planificación general y especial de su actuación en el tráfico, teniendo en cuenta el aspecto interno y externo, en el desarrollo del fin común y de la

¹⁵ SATANOWSKY, ps. 15/16, en especial nota 2.

¹⁶ PALMERO, p. 818; CARIOTA FERRARA, ps. 52 sgts.

¹⁷ RICHARD, Las relaciones de organización..., ps. 20, 196 sgts; del mismo autor: Conservación de la empresa, p. 107 sgts., El “buen hombre de negocios” y el “plan de empresa, p. 337; El plan de empresa, ética y responsabilidad del empresario.

¹⁸ IRTI, p. 209, núms. 2, “propiedad privada y la planificación”; cfr.: RICHARD, Las relaciones de organización...ps. 16, la empresa planifica el mercado y a ps. 212 y sgts., autonomía de la voluntad para la escisión patrimonial.

¹⁹ MESSINEO, t. V, p. 302; RICHARD, Nulidad Absoluta de Sociedad, p. 267 y sgts.; VERON, t. I, ps. 79 y sgts.

actividad en común, para prevenir el daño y no dañar a la persona humana y a la organización social donde se desenvuelve el ente asociativo.²⁰

MOSSET ITURRASPE, manifestó que se ha dicho, con razón, que la preocupación estaba centrada en el patrimonio y no en la persona”, lugar que definitivamente le otorgamos como cambio revolucionario, para no tener una visión limitada, castrada y empobrecida del fenómeno.²¹

2.- AUTONOMIA PRIVADA Y NEGOCIO

La existencia de seres humanos en sociedad, teniendo en cuenta su propia naturaleza, trae consigo el problema de la regulación de los intereses privados y el de la circulación de bienes o de la cooperación asociativa convergente como producto de la vida en sociedad. Para no fatigar con largas consideraciones, cabe señalar que hace falta una constante revisión de los fundamentos dogmáticos y funcionales de la autonomía privada.²²

Por ello, es de tener presente que la doctrina nacional expresaba RISOLÍA en su prólogo y que luego lo desarrolla en su primera parte 1946 en su obra laureada, donde dice que “No hay derecho sin libertad ni puede haber libertad sin Derecho. La libertad jurídica es un imperativo de moralidad. La crisis de la voluntad autónoma es crisis de la libertad y crisis de la regla moral. La libertad está al principio y al final del orden jurídico. Y los límites de la libertad –como se ha escrito con justeza- debe ser obra de la libertad”; y agrega además que “Para que la voluntad, la libertad, la responsabilidad se afirmen netamente, es indispensable admitir que la primera se determine a sí misma, que halla en sí su propia causalidad”.²³ La autonomía privada es la aptitud del individuo, en cierto sentido connatural a él y de raigambre constitucional –arts. 14 19 y 20 CN-, para dar reglas, por sí mismo, a sus propios intereses, de modo vinculante en las relaciones recíprocas –contrato de cambio y en la cooperación asociativa funcional, donde pueden existir prestaciones plurimas convergentes –contrato asociativo en general-; el ordenamiento, en sus disposiciones sobre los negocios, afronta y regula este fenómeno de la autonomía, el cual pasa a constituir, así, el substrato material de tales normas.²⁴ Es de señalar que fuera de los interés propios, excepcionalmente se refiere a otros sujetos en el campo de las relaciones jurídicas, de los derechos subjetivos, y de los status –constitución, transferencia, modificación, extinción-; de este modo, se aclara el nexo lógico (de instrumentalidad) entre el negocio jurídico, de una parte, y las relaciones jurídicas, los derechos subjetivos etc.²⁵

Nuestro Código Civil y Comercial, lo mismo que la generalidad de las leyes extranjeras, reconoce a los individuos el poder de *dirigir y gobernar* sus intereses propios por medio de sus voluntades adecuadamente expresadas. Este poder de las personas –físicas o jurídicas, se llama “autonomía privada” y tiene como vehículo más importante al negocio jurídico como designación de un género –art. 259, 957 y 1442 CCC-. El negocio jurídico es, por tanto, el instrumento ordinario y específico

²⁰ HALPERIN, ps. 75 y sgts., en particular p. 199; ARECHA y GARCÍA CUERVA, ps. 3 y sgts.; RICHARD, ps. 16 y sgts.; MESSINEO, t. V, ps. 295 sgts.; FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 304 sgts.; FERRARA j., Gli imprenditori..., ps. 15 sgts., capítulo II y III; LE PERA, ps. 77 sgts. con reservas.

²¹ MOSSET ITURRASPE, p. 11.

²² SCANOMIGLIA, p. 116; BETTI, p. 42; FERMAMDEZ DE LA GANDARA, ps. 1, 189 sgts.; YADAROLA, Títulos..., p. 32, quien analiza en profundidad como opera la circulación económica en la economía moderna y los instrumentos jurídicos de la circulación en el Capítulo I; RICHARD, Las relaciones de organización..., ps. 212 sgts.; MARSILI, ps. 119 sgts.

²³ GAGLIARDO, p. 65; RISOLÍA, ps. 21.

²⁴ SCOGNAMIGLIO, p. 106; FERRI, ps. 107 y 119 sgts.; FERMAMDEZ DE LA GANDARA, ps. 189 sgts.; ASCARELLI, Panorama..., ps. 31 y sgts.

²⁵ MESSINEO, p. 340; puede verse autonomía en sentido amplio y autonomía en sentido estricto en DE CASTRO Y BRAVO, ps. 13 y sgts.

a que recurren las personas para regir por sí mismas sus intereses económicos, dentro de los límites de la ley.²⁶

Naturalmente, la autonomía no es ni puede ser ilimitada; por el contrario, está sometida a límites, dirigidos a la tutela de los intereses *generales* (*aspecto social* de la autonomía de la voluntad) y *de los terceros*, los cuales intereses no se podrían dejar a merced de la voluntad del individuo. Pero dentro de esos límites, se puede decir que la misma es decisiva o soberana;²⁷ por ello, el negocio se emprende dentro de la esfera de libertad pero bajo la responsabilidad del sujeto.

Así el problema de la libertad contractual es el problema de sus límites. Entre ordenamiento jurídico y autonomía negocial existe una polaridad inmanente cuyo enlace y contenido constituye uno de los temas centrales del actual derecho privado patrimonial.²⁸ Replicándose en iguales condiciones entre libertad y responsabilidad o entre negocio jurídico y ordenamiento estatal, teniendo en cuenta el sistema de valores de ambos. -

La autonomía privada y el negocio jurídico están intrínsecamente relacionados, a tal punto que la autonomía de la voluntad privada encuentra su propia esencia y razón de ser en los límites que se desenvuelve: *los intereses propios*. Cada uno puede disponer de sus propios intereses y no de los ajenos, porque chocaría con la barrera de la igual autonomía del otro sujeto.²⁹ Y la institución del negocio jurídico halla su razón de ser práctica en la existencia de reconocer y regular la autonomía de los particulares; esto nos parece, sin duda, fuera de toda discusión.³⁰

Por ello, la autonomía negocial cumple, en concreto, esas funciones a través de específicos instrumentos: los negocios. Por ello, cuando se habla de autonomía negocial, se tiene en cuenta la hipótesis en la cual los particulares están autorizados a regular, por sí mismo, sus propias relaciones, atribuyéndose a ellos una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la *autorregulación* o *autodeterminación* de las relaciones económicas-sociales del tráfico. Por ello, la *autorregulación* o *autodeterminación* consiste en el orden que los privados dan a sus propios intereses, obrando en virtud de la autonomía a ellos reconocida.³¹

En definitiva, debe entenderse el acto de autonomía privada, como *el acto de autorregulación o autodisciplina de los intereses privados*; en que los sujetos regulan aquí, con carácter inmediato y concreto sus propias relaciones, dan reglas a las mismas, y satisfacen, así, sus propios intereses. Cabe puntualizar con RESCIGNO que, la autonomía de la voluntad no está restringida a los intereses individuales exclusivamente, sino que ha adquirido otra proyección –efectos a terceros-, que la consigna del congreso señala y recoge de la mano del Maestro RICHARD, teniendo en cuenta una mayor extensión, esto es, terceros interesados, etc. y fundamentalmente mirando también los intereses colectivos de la comunidad.³²

De todo ello se deduciría, por lo tanto, que la “autonomía” no comienza, cuando el particular puede crear reglas libremente; sino que comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, más o menos rápidos y fáciles de actuar, con cuya adopción

²⁶ ORGAZ, p. 201; BETTI, ps. 39 sgts; MESSINEO, t. II, ps. 39 sgts.; CARIOTA FERRARA, ps. 43 sgts.; FERMAMDEZ DE LA GANDARA, ps. 189 sgts.

²⁷ MESSINEO, t. II, p. 340, IRTI, p. 208; CARIOTA FERRARA, ps. 43 sgts.; FERMAMDEZ DE LA GANDARA, ps. 201 sgts.; DE CASTRO Y BRAVO, ps. 11 y sgts.

²⁸ FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 1.

²⁹ CARIOTA FERRARA, p. 44; ASCARELLI, Introducción al Derecho Comercial, ps. 189 sgts.

³⁰ SCOGNAMIGLIO, p. 106.

³¹ SCANOMIGLIA, p. 128.

³² FERRI, p. 10; PALMERO, p. 818.

el particular consigue crear la regla (FERRI, p. 119; SPADA, p. 99). En este mismo sentido, la personalidad jurídica nace así como consecuencia del ordenamiento legal. No como un efecto del mero acuerdo de voluntades, sino en virtud de la dinámica que proporciona el adecuar la manifestación de voluntad a un esquema legalmente dotado de efectos.³³ Estos mismos efectos, se vinculan a la relación de organización. -

Sin perjuicio de lo apuntado anteriormente, señalaba FARGOSI que hoy se habla ya, como ocurre por ejemplo en el Derecho itálico, de potenciar la *autonomía estatutaria*, que no debe ser confundida con la autonomía de la voluntad, aunque encuentre allí su fundamento último, sino que se trata del conferimiento de un poder a los privados de establecer normas de validez jurídica similares a las del ente soberano.³⁴

También se debe dar cuenta de los cambios operados en la mayoría de los códigos europeos – de ideología liberal-, en los que se refleja dentro del sector jurídico-obligacional a través de una paulatina sustitución del principio de autonomía negocial por el de heteronomía.³⁵ En síntesis entendemos en el estado actual de la evolución de la ciencia del derecho, que la regulación de los negocios se hace atendiendo al propósito práctico o resultado social del acto, porque conforme a él se protege a las mismas partes, y se valora su alcance como título de derechos y obligaciones en relación con los terceros interesados. Atender al propósito práctico del negocio no supone disminuir el alcance de la autonomía de la voluntad, sino por el contrario tenerla en cuenta en su doble aspecto de *libertad y de responsabilidad*.³⁶

Por último, el recurso técnico instrumental de la personalidad jurídica es libremente disponible para su gestación, más no para su desaparición que está sujeta a desinteresar a los terceros que contrataron con el nuevo sujeto de derecho, dónde la actividad del ente en su faz dinámica no requiere estar dirigida a sujeto o sujetos determinados y esto marca la diferencia significativa con el acto jurídico –relaciones de cambios-. La valoración de la actividad debe ser hecho objetivamente y teniendo en vista el conjunto de hechos y actos teleológicamente vinculados.³⁷

3.- LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD

El hombre va adquiriendo mayor conciencia de la importancia o del valor que tiene para él la ausencia de trabas en el desarrollo de su actividad orgánica, desde el momento en que sus actos dejan de ser reacción puramente instintiva y se convierten en manifestación de su voluntad programada y planificada. Así comienza, también, su noción de *responsabilidad*, que acompaña inseparablemente a la experiencia de la *libertad*.³⁸

El principio de responsabilidad o autorresponsabilidad vale sólo como temperamento del principio de libertad, pues si la voluntad y declaración coinciden, los efectos del negocio deben enlazarse al fin práctico querido, y no a una responsabilidad que está fuera de lugar. El principio de responsabilidad con el de confianza es para cuando el declarante obró con culpa o dolo.³⁹

En concreto, la teoría de la confianza que genera *-legítima expectativa-*, transfiere al destinatario de la declaración aquella importancia del elemento “culpa”, que la teoría de la responsabilidad, en

³³ ROMERO, p. 381.

³⁴ FARGOSI, p. 11.

³⁵ FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 192 y sgts.

³⁶ DE CASTRO Y BRAVO, p. 29; CARIOTA FERRARA, ps. 49 y sgts.; FERRI, ps. 103, 130 sgts.

³⁷ RICHARD, Las relaciones de organización..., ps. 213; FARGOSI, Sociedad y Actividad ilícita..., ps. 620.

³⁸ SANCHEZ VIAMONTE, p. 51; DE CASTRO Y BRAVO, p. 29; CARIOTA FERRARA, ps. 49 y sgts.; FERRI, ps. 103, 130 sgts.

³⁹ CARIOTA FERRARA, ps. 57 sgts.; BETTI, ps. 124 y sgts.

cambio, hace operar a cargo del declarante, teniendo en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes –cfr.: 1725 CCC.⁴⁰

Así las cosas, *la iniciativa y la responsabilidad en el negocio en general*, le confiere una importancia social –en el tráfico- fruto de consciente iniciativa y, por tanto, de libertad. Es un acto a cuyas consecuencias, aun las patrimoniales, debe el autor someterse en el mundo social y, por tanto, fuente de *responsabilidad o autorresponsabilidad*⁴¹. Dicho lo anterior, al negocio jurídico hay que definirlo como **“manifestación de voluntad que se dirige a un fin práctico, y que el ordenamiento jurídico tutela, teniendo en cuenta también la responsabilidad del o de los sujetos y la confianza de los demás”**, y agregamos **con carácter previsor** en función del art. 1725 CCC.⁴²

En este sentido, *Iniciativa y autorresponsabilidad o responsabilidad son términos correlativos que en el mundo social se presuponen y reclaman recíprocamente*. Consciente iniciativa, o sea libertad, ante del acto; autorresponsabilidad o responsabilidad, o sea, necesidad de soportar las consecuencias una vez realizado el acto vinculante, con el límite de los principios generales, establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, en el ejercicio de los derechos al manifestarse la voluntad en el negocio –arts. 9 al 13 CCC-, además de no dañar o molestar a otro y la prevención del daño (1708, 1710, 1716, 1725 del CCC), entre otros como: la lealtad y probidad del art. 9 CCC impone actuar con cuidado y previsión; también el principio de la confianza, donde nuevamente la responsabilidad se encuentra presente y una infinidad de normas que desarrollan las mismas desde distintas circunstancias negociales a lo largo del CCC.-

Libertad no de “querer” en el vacío y, por tanto, sin un contenido socialmente apreciable, sino libertad de dar vida a una regulación de intereses propios en las relaciones con los demás, operando con los mecanismos e instrumentos que el Derecho pone a disposición de los individuos para este fin. Por otra parte, una vez que tales mecanismos e instrumentos hayan sido empleados, por decirlo así, accionados, el individuo no es ya libre de sustraerse a las consecuencias, buenas o malas para él, de sus funcionamientos. El efecto del acto se dirige también contra su autor que queda por él ligado y como aprisionado. Aquí se aprecia cabalmente el valor vinculante, normativo, que el acto de autonomía privada tiene en el terreno social, antes aún que en el jurídico.⁴³

Así las cosas, la libertad que en el negocio encuentra su instrumento no es libertad de querer a capricho, de emprender un juego libre y sin compromiso, sino libertad coordinada y subordinada a una superior finalidad social, donde la responsabilidad busca sincronía y compatibilidad, con el contenido del negocio y con las normas constitucionales –art. 1 CCC.⁴⁴

Se podría expresar, que casi toda la dialéctica del negocio jurídico se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad o responsabilidad, que viene después, y en consecuencia, entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido.⁴⁵

Es útil traer aquí una hipótesis de negocio jurídico, como ***un acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume “relevancia” positiva para el ordenamiento estatal cuando los***

⁴⁰ MESSINEO, t. II, p.363 sgts.

⁴¹ BETTI, ps. 124 sgts)

⁴² CARIOTA FERRARA, p. 58.

⁴³ BETTI, ps. 124 y 125; CARIOTA FERRARA, ps. 32 sgts.

⁴⁴ BETTI, p. 125; FERRI, ps. 130 sgts.

⁴⁵ BETTI, p. 125; MESSINEO, t. II, ps. 338 sgts; FERRI, ps. 136 sgts.

valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento.⁴⁶

Por ello, y siguiendo la definición dada por FERRI, se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad y autoridad donde la responsabilidad tiene un lugar destacado y preeminente. Es decir, de la relación entre un sistema de valores –del negocio- como regla privada y como expresión de **intereses específicos, circunscriptos y personales**, y un sistema de valores –dado por el ordenamiento estatal-, que es expresión de una **visión general y totalizadora de la realidad social**, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde el punto de vista cualitativo, sea desde el punto de vista cuantitativo.⁴⁷

Generalmente entre el sistema de valores del negocio y del ordenamiento estatal, debe existir sincronía o compatibilidad, en este caso concreto, el acto de autonomía de la voluntad privada, tiene una vinculación mayor, y también un grado de protección mayor, que el ordenamiento puede asegurarles al ensamblarse de modo compatible. Pero no puede ser asumida, a nuestro juicio, como una definición de la autonomía de los particulares, la cual comienza mucho más allá –y mucho antes- de la verificación, en los hechos, de esta compatibilidad.⁴⁸

Luego de lo expresado podemos afirmar que **libertad bajo responsabilidad** apunta a balancear la compatibilidad de un sistema de valores donde la libertad es correlativa de la responsabilidad y esa sincronía necesita de la dinámica de la vida económica social, que se expresa reconociendo a la autonomía negocial, la capacidad de satisfacer la circulación de bienes o de la cooperación asociativa funcional convergente, en tanto se traduce en compromiso o vínculos de las partes en una regulación hacia el futuro, protegiendo los intereses de orden colectivos a través del principio de autorresponsabilidad o responsabilidad y de la confianza de los demás integrantes de la sociedad.

Pero innegablemente el principio de la voluntad –elemento esencial en el negocio jurídico- se limita, pero no se excluye, por los de responsabilidad y de la confianza – arts. 958, 990, 1061 a 1068 en particular el 1067, 1708, 1710, 1716, 1800⁴⁹, entre algunas normas que se relacionan con lo expresado en cuanto a la limitación concreta, como deber de actuar con **libertad bajo responsabilidad y garantizando la confianza de los demás y desempeñándose como un buen hombre de negocios en el tráfico social para preservar y prevenir los intereses individuales y colectivos de la comunidad.**⁵⁰

4.- LIBERTAD BAJO RESPONSABILIDAD EN EL NEGOCIO JURIDICO SOCIETARIO.

En el negocio jurídico societario como modelo asociativo perfecto, en su estructura compleja – dependiendo de las sociedades de personas o de las sociedades por acciones- y como instancia normativa básica de la gestión de la actividad social programada, se propone como finalidad primordial, dar un cauce a la aspiración fundamental de la persona jurídica para aplicarla a la producción o intercambio de bienes y servicios y no sólo a la esfera de intereses patrimoniales o fines económicos del tráfico, abrazando a otras actividades posibles del negocio jurídico societario,

⁴⁶ FERRI, p. 154; se pueden confrontar otros conceptos: BETTI, ps. 51 y 52; COLASSO, p. 345, nota 4; CARIOTA FERRARA, p. 58; STOLFI, p. 1; CASTRO Y BRAVO, p. 34; CAMPAGNUCCI DE CASO, p. 69; ENNECCERUS-NIPPERDEY, p. 56; SCOGNASMIGLIO, p. 105 y sgts.; GALGANO, p. 54; IRTI, ps. 209 sgts.; SPOTA, p. 121; ORGAZ, ps. 201, 203 y sgts.

⁴⁷ FERRI, ps. 154 y 156; MESSINEO, t. II, p. 338.

⁴⁸ FERRI, p. 157.

⁴⁹ CARIOTA FERRARA, p. 58.

⁵⁰ Cfr.: ROITMAN, Intervención Judicial, ps 278 sgts.

donde las prestaciones, a las que las partes se obligan, sean susceptible de valoración económica – asociación- art. 1174 cci.⁵¹

De este modo y a nuestro juicio entendemos por *negocio jurídico societario al recurso técnico instrumental y dinámico, de origen negocial que genera una adecuada estructura organizativa funcional, con efectos-internos y externos- autónomamente determinada por el orden jurídico, con intereses, voluntad, gestión y actividad de forma orgánica, para desarrollar la cooperación asociativa, que está orientada hacia un fin común o autónomo, con paridad de derechos y con igualdad de títulos de cara al ente creado, como empresa durable para el intercambio integral en el tráfico social*. En este concepto descriptivo, convergen varias teorías generales que se integran inescindiblemente en el negocio jurídico societario, mostrando su complejidad, tal como parcialmente desarrollamos algunos aspectos centrales en este trabajo.

Del acto constitutivo de la sociedad luce no sólo una dimensión obligatoria sino una dimensión real en el sentido de operar como centro de imputación jurídica autogestante, vale decir, esta doble vertiente obligatoria y organizativa propia de esta construcción, como instancia normativa básica de la actividad social programada, destinada a desarrollarse en el tiempo, y afectará a personas, bienes y derechos en forma y con alcances diversos. Esta vertiente de la sociedad como **contrato-organización**, destacada por un amplio sector de la doctrina, tiene ya acuñada una terminología propia y opera como elemento de caracterización genérica de los fenómenos societarios. Con este binomio contrato-organización, se intenta destacar básicamente la distinción entre la sustancia funcional de la figura y la ordenación de deberes sociales, entendida como regulación de la programación de operaciones sociales del patrimonio y de la distribución específica de poderes dentro de la sociedad. Estos negocios cumplen una función instrumental, por lo que cabe distinguir los requisitos que atañen a su formación de los que se refieren a su función instrumental.⁵²

Por ello, es importante marcar algunos rasgos configurativos del modelo general de operación societaria, dentro de la categoría general de los negocios jurídicos, de acuerdo a las nuevas necesidades del tráfico social, en una dimensión funcional que caracteriza al fenómeno asociativo, como instrumento técnico-jurídico de coordinación al servicio de los partícipes, teniendo en cuenta las fórmulas organizativas del ente en su estructura legal, en función de las exigencias de orden económico y social para el desarrollo de la cooperación asociativa funcional de intereses específicos, y potenciar y ampliar las actividades de la empresa moderna, en la necesidad de administrar un patrimonio autónomo, de acuerdo a las exigencias de sus normas en sus relaciones internas y externas, que opera como centro de imputación jurídica autogestante.⁵³

Así las cosas, a través de esquemas organizativos diversos que tiene como finalidad disciplinar al ente, se propone como meta aumentar la capacidad de trabajo, incrementar los recursos

⁵¹ Cfr.: BARASSI, Istituzioni..., p. 476, quien usa la terminología de estructura asociativa perfecta y estructura asociativa imperfecta trasladable a nuestro derecho; GALGANO, p. 61.

⁵² FONTANARROSA, p. 143; FARGOSI, Sobre la naturaleza del acto..., p. 266; APARICIO, p. 166; HALPERIN, Sociedades anónimas, p. 18; FARINA, Tratado..., p. 96 y 200; PEDRO, La anónima actual..., p. 45; CRISTÍA (H), Sindicación..., p.16; COLOBRES, Curso..., p. 25 sgts; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 280 sgts.; FERRO-LUZZI, p. 170, 243, 280 sgts.; ASCARELLI, El contratto plurilaterale, p. 277 sgts y 297 sgts.

⁵³ FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 14 sgts.; URÍA, Derecho Mercantil, p. 120, GARRIGUES, Teoría general de las sociedades..., p. 126 sgts.; en la doctrina italiana FERRO-LUZZI, p. 117 sgts. nota 33, FERRI, Le società, p. 7 sgts.

económicos y dividir los riesgos. Este triple objetivo tiene siempre como destinatario a una persona individual.⁵⁴

Adviértase bien que la responsabilidad se vincula de modo inescindible con la organización, y que el elemento real de la participación del socio (efecto frente a tercero) hace que se desborde un esquema puramente obligacional, articulado sobre la relación crédito-deuda, para poner relevancia en el interés de terceros, para potenciar a los acreedores de la sociedad.⁵⁵

El derecho moderno concibe ciertas organizaciones -llamadas figuras asociativas- como persona jurídica, por encima de las personas individuales que contribuye/n a formarlas. Para llegar a esta concepción ha sido necesario, desde luego, un largo proceso de afinamiento de la técnica jurídica y una capacidad de abstracción que no puede encontrarse en el derecho primitivo.⁵⁶

En razón de esta evolución alcanzada por la técnica jurídica, el negocio jurídico societario requiere una mayor sintonía desde el comienzo hasta el final, con el principio de **“libertad bajo responsabilidad”**, por la proyección que adquiere el negocio societario en relación con el *interés público, capital social, el amparo de los terceros y la institucionalización del interés social, balance consolidado –en caso de control- etc.*, sin descuidar *los intereses de la minoría*, que se amplía incluso, a toda la colectividad por sus efectos económicos dañinos que eventualmente podría generar en el caso de insolvencia del ente.

Es que hay que tener en cuenta que el art. 159 CCC impone como deber a los administradores de la persona jurídica obrar en sus funciones con lealtad y diligencia en todos los órdenes, teniendo que programar y planificar sistemas y medios preventivos que reduzcan riesgos en sus relaciones con la persona jurídica y con terceros que se vinculan con el ente, sin perjuicio de los deberes secundarios de conductas de las leyes especiales –confidencialidad, informarse, asistir, denunciar irregularidades, vigilar situaciones de riesgos, comunicar etcétera- y las reglas de buen gobierno.⁵⁷

La mayor o menor amplitud de la autonomía de la voluntad o autonomía estatutaria, tiene que ver claramente con el tipo de relación jurídica creada y su estructura de organización de carácter orgánico, lo que determina la complejidad de la organización conectada como un medio al fin social, en la contextura y configuración de sus vínculos con la comunidad de fin, y por ello, se la ha caracterizado como *estructura y proceso*, o bien se ha predicado del negocio jurídico societario su calidad de *realizativo*; de este modo, se ha descubierto claramente que la relación comercial no consiste sólo en exigencias *contrapuestas*, sino que origina ciertos deberes de *cooperación asociativa funcional convergentes*, dentro de una estructura organizativa orientada al fin común o fin autónomo.⁵⁸

De este modo, y frente a tal manera de ver el fenómeno de la relación de organización, donde se presentan a nuestro juicio **plurales situaciones o relaciones jurídicas, conexas, duraderas, estructurales, funcionales y convergentes a un fin común o autónomo** que se manifiestan en el negocio jurídico societario, y que permiten unificar una serie de sucesivas relaciones que se producen entre el socio y el ente jurídico sociedad -denominado **status, como presupuesto de un**

⁵⁴ FERRO-LUZZI, ps. 117, 118, nota 33 y todo el capítulo V, donde subraya el contenido organizativo del contrato; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 14, 280 y sgts.; ROITMAN-SÁNCHEZ-LÓPEZ REVO, ps. 15 sgts., en relación a los contratos asociativos prescriptos en el arts. 1442 sgts., del capítulo 16 CCC.

⁵⁵ FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 96 sgts.; ROMERO, p. 384, MARSILI, ps. 23 del capítulo II.

⁵⁶ ORGAZ, p. 220.

⁵⁷ VANASCO, p. 32 sgts.

⁵⁸ Cfr.: FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 114 nota 244, 189 sgts., 306; CASTRO Y BRAVO, p. 39; GALGANO, ps. 191 y sgts.; ROMERO, p. 379.

complejo de derechos, de facultades, de obligaciones que se deriva de ella-, determinando una organización unipersonal o colectiva –sujeto de derecho-, de ejecución continuada y no disponible por la autonomía de la voluntad, en cuanto al sujeto de derecho que no se borra y debe ingresar en un proceso de liquidación y disolución a diferencia de las relaciones de cambios.⁵⁹

Vale una aclaración, entre situación y relación jurídica no existe más que una diferencia de especificación y caracterización⁶⁰. En este sentido, todo depende de la amplitud que se le otorgue al término relación jurídica que puede abarcar incluso a la noción de situación jurídica⁶¹. Para otra doctrina la situación jurídica es el género y la relación jurídica la especie, en este sentido, la situación jurídica abarcaría la totalidad, es decir, las que pueden ser *unisubjetivas o plurisubjetivas*, las primeras se refieren a la persona en sí misma –bienes, derechos reales etc.-, las segundas, se refieren a las situaciones jurídicas en que actúan más de una persona, y dan lugar a lo que se denomina relación jurídica⁶². Sin embargo, el CCC usa el término relación jurídica en el sentido menos amplios que BARBERO, por ello en el art. 257 hecho jurídico y 259 acto jurídico en sus partes finales expresan “**relación o situación**”, dando lugar a dos conceptos distintos, de esta forma reconocemos el acierto de las normas, que le da por ejemplo al concepto de hecho jurídico, la inclusión del **status** y las **cualidades de los sujetos**. Por ello, la noción hecho jurídico es más amplia que el Código de Vélez y puede ser definido hoy “**como todo hecho que determina el nacimiento, la modificación o la extinción de un status, de una situación o posición, de una cualidad de los sujetos, de un derecho subjetivo, de un poder jurídico o de una potestad jurídica**”⁶³. Esto se traslada al acto jurídico, teniendo efectos prácticos y teóricos por ejemplo: en los contratos conexos –grupos y redes de contratos-⁶⁴

Por ello, el negocio jurídico por cuya virtud se crea una sociedad origina *una cierta maraña de situaciones o relaciones jurídicas productoras de efectos de carácter conexas, duraderas, estructurales, funcionales y convergentes a un fin común o autónomo, mediante las cuales se conectan los asociados entre sí y con el ente societario creado; y a la vez dispone un complejo de normas estructurales y funcionales destinadas a regular permanentemente aquellas relaciones emergentes del negocio jurídico personificante, cuyos efectos son complejos con proyección a terceros*.⁶⁵

Por ello, la organización jurídica del negocio societario significa dos cosas: a) Poner un orden en las diferentes relaciones jurídicas que se establecen en su seno –entre los socios y entre éstos y la sociedad- es decir, regularlas. b) Dotar al ente de los órganos capaces de cumplir con las funciones que requiere todo sujeto de derecho para actuar en el ámbito jurídico y para hacer efectivas las regulaciones del punto a), o sea dotar a la sociedad del modo de expresar su voluntad, para desarrollar la actividad jurídica necesaria para el cumplimiento de sus fines.⁶⁶

⁵⁹ Cfr.: CANDIAN, Nullità..., ps. 196, parágrafo 104; BARBERO, t. I, ps. 150 y 151; ZALDIVAR, ps. 272 y sgts.; RICHARD, Las relaciones de organización..., ps. 35 y sgts.; del mismo autor: Nulidad Absoluta de Sociedad, ps. 267 y sgts.; VERON, t. III, ps. 1425 sgts., parágrafo 1007, ver las consideraciones sobre el status de socio.

⁶⁰ BETTI, p. 9.

⁶¹ BARBERO, t. I, ps. 149 sgts.

⁶² RIVERA, t. I, ps. 270 sgts.

⁶³ CARIOTA FERRARA, ps. 4 y 5.

⁶⁴ MOSSET ITURRASPE, Contratos conexos, ps. 13 sgts.

⁶⁵ FONTANARROSA, ps. 29 y 30; JOSSERAND, p. 22; BARBERO, t. I, ps. 149 y sgts.; ROMERO, p. 378.

⁶⁶ ZALDIVAR, p. 274; en cuanto a la interpretación del concepto de organización, ARECHA Y GARCIA CUERVA, ps. 4 sgts.; HALPERIN, Curso..., p. 209 incorpora la noción de empresa.

Todos estos aspectos marcados anteriormente constituyen la relación de organización –como negocio o como contrato-, base de toda la moderna elaboración del derecho privado patrimonial.⁶⁷ En el derecho italiano, la expresión organización, se construyó a través del art. 2555, donde se afirma que la actividad del empresario debe ser organizada, ya que se confunde con la empresa organizada.-

De este modo, la relación de organización del negocio –adquiere autonomía patrimonial- y se presenta como realidad viva y actuante en términos de YADAROLA, por lo que ha superado al negocio y al contrato y se ha convertido en persona jurídica, para crear el medio –sociedad-, independiente y distinto del que concurrió o concurrieron a crearla/s para la satisfacción de su interés personal, mal puede entenderse que ese acto deba ser equiparado, sin más al contrato. Para advertirlo basta reparar en que sus efectos no sólo se limitan a las partes, sino que trascienden a tercero. También se hace necesario diferenciar el negocio jurídico societario de sus efectos que de él se derivan desde que las actividades sociales no se hallan reguladas por el principio de autonomía de la voluntad –arts. 141 y 143 CCC.⁶⁸

De este modo, el fenómeno societario es naturalmente negocial, no legal: la relación de organización resulta de una manifestación de voluntad y se vincula a técnicas legislativas que generan centros de imputación autogestante dispuesta por el ordenamiento jurídico, en el sentido de la más reciente doctrinas, como un reconocimiento del primero por parte del segundo.⁶⁹ Entre el negocio y el ordenamiento estatal –o entre libertad y responsabilidad, tiene lugar, más bien un encuentro sincrónico entre sistemas de **valores** autónomos; ambos valores originales y autónomos, el uno respecto del otro, pero buscando compatibilidad.⁷⁰

En este sentido, la idea de la noción de persona jurídica –en sentido estricto- a nuestro juicio, y de acuerdo al art. 141 CCC, **comporta la personificación de un orden organizativo especial y orgánico –de estructura negocial y normativa-, bajo la unidad relacional de conductas individuales, que se produce mediante una imputación autogestante al ente, de todos aquellos comportamientos de conductas y actos humanos determinados por el mismo orden, dentro del objeto y fines que el ente jurídico persigue como sujeto autónomo de derecho.**⁷¹

Cabe una explicación, la relación de organización, que se viene desarrollando en relación con la sociedad, tiene distintos alcances, complejidades, estructuras, efectos, funcionalidad, responsabilidad e imputación etc., con la organización jurídica que tienen los contratos asociativos sin personalidad jurídica, donde la mayor o menor complejidad de las cláusulas que se pactan van dirigidas a cumplir cooperación asociativa funcional, orientada a un fin común 1442 CCC sin configuración personificante. Este aspecto no está lo suficientemente elaborado y falta aún mayor claridad conceptual.

⁶⁷ COLOMBRES, La Teoría del Órgano, ps. 47 y sgts.; y Curso, ps. 23 y sgts.; VERON, t. I, ps. 80 y sgts.; ASCARELLI, Iniciación al estudio del derecho mercantil, editorial Bosch, Barcelona 1964, p. 164 y sgts.

⁶⁸ SATANOWSKY, t. 3, p. 327; FARGOSI, Sobre la naturaleza..., p. 265; WATHELET, Naturaleza del acto constitutivo, p. 168; COLOMBRES, La teoría del órgano..., ps. 18 sgts.; ETCHEVERRY, Empresa..., p. 798; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 309 nota 61; CARLOS, ps. 12 sgts. en referencia al conflicto de intereses.

⁶⁹ RICHARD E. H., p. 13 y Org. Asoc., p. 44; ROMERO, p. 381; FERRI, Negocio..., ps. 140 sgts.

⁷⁰ FERRI, Negocio..., ps. 140 sgts., texto y nota 125.

⁷¹ Cfr.: RICHARD, Org. Asoc., ps. 44 y sgts. 116; COLOMBRES, La Teoría del Órgano, ps. 35 y sgts.; y Curso, ps. 27 y sgts.; ORGAZ, ps. 245 y sgts., en particular p. 250; PALMERO, ps. 835; CARLOS, ps. 93 sgts. y 177). A éste “sujeto autónomo de derecho” le corresponde todo un conjunto de normas y de principios y una serie de institutos, que constituyen el desarrollo del aspecto de la sociedad como persona jurídica (MESSINEO, t. V, p. 297; ORGAZ, ps. 250; ROMERO, ps. 378 sgts.

En este sentido, se puede partir de una idea común para las figuras asociativas en general, que la relación de organización significa la garantía de mantenimiento de la igualdad jurídica entre las partes, conforme a la regla negocial, teniendo en cuenta su funcionalidad general y específica de acuerdo a las circunstancias y a su tipificación.⁷²

Hay que tener en cuenta que en las relaciones de cambios son menos complejas, porque las mismas parten de dos puntos opuestos, diversos e interdependientes para entrecruzarse y llegar a los dos polos de la operación, que se encuentran enfrentados y en situación antitética. La esencia estriba en un esquema tradicional individualista de derecho-deber, derecho-obligaciones, derechohabiente-deberhabiente: acreedor-deudor, en colaboración recíproca, bajo la justificación construida subjetivamente por la finalidad inmediata perseguida por las partes, en cuanto a fin y medio del sacrificio de la prestación. Todas las consecuencias jurídicas se traducen en derecho de una de las partes que corresponde a un correlativo deber u obligación de la otra, lo que en la doctrina francesa se identifica con el contratos bilaterales o sinalagmático.⁷³

Por ello, en las relaciones de cambio o inorgánica en las cuales la mayor o menor complejidad de las cláusulas que se pactan van dirigidas -con prescindencia de la clase de efectos- a conectar las prestaciones entre sí y por esos producen un nexo llamado de *reciprocidad* que consisten en la *interdependencia* que se establecen entre ellas en cuanto al cumplimiento de prestaciones, lo que caracteriza al vínculo como sinalagmático -genético y funcional- al exigir que las obligaciones de ambas partes se fusionen en una unidad de sentido.; independientemente, que puede verse gráficamente, como la prestación de una de las partes es la causa de la contraprestación debida por la otra. Esta construcción justifica la aplicación entre otros institutos de la suspensión de cumplimiento -arts. 1031 y 1032 CCC.⁷⁴

Hay que tener en cuenta que el negocio jurídico societario se ha construido sobre bases distintas a las del esquema sinalagmático clásico, y ello ha llevado a destacar la singularidad de los negocios jurídicos-sociales frente a los negocios jurídicos-individuales o de cambios y la importancia de la existencia de un poder regulador autónomo a través del cual se crea una normativa que trasciende a la esfera de terceros.⁷⁵

La disciplina del negocio jurídico societario, es un instrumento de coordinación económico y social al servicio de las personas, para organizar una titularidad generalmente plural, donde se recoge prevalentemente intereses variados como actividad de empresa, destinado a regular la dimensión real en el diseño organizativo y por consiguiente, el acto constitutivo desborda el puro esquema obligacional del contrato de cambio, articulado sobre la relación crédito-deuda, lo que permite contemplar al negocio jurídico societario, no sólo desde el ángulo de la producción y programación de actividades jurídicas realizadas en común, sino como centros de imputación de las consecuencias jurídicas conectadas a esa actividad, donde la responsabilidad se configura como corolario del ejercicio del poder y sobre la regla privada -estatutos- sobre la que se articula el riesgo y la gestión como piedra angulares del régimen de responsabilidad patrimonial.⁷⁶

⁷² MANOVIL, ps. 1054 y sgts.; ROITMAN y Otros., p. 26; SPADA, p. 9, RICHARD y MUIÑO, ps. 54 y sgts. parágrafos 27 y 29; ROMERO, p. 376 sgts.; FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 266 sgts.

⁷³ Cfr.: CARLOS, p. 12; CARNELUTTI, ps. 438 y sgts.; OSTI, ps. 472 y sgts.: FERRO-LUZZI, ps. 9 sgts.; ASCARELLI, Panorama..., ps. 31, 37 sgts.; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 96; APARICIO, ps. 48, 172.

⁷⁴ MÁNNOVIL, p. 1054; LOPEZ DE ZAVALÍA, p. 57; FONTANARROSA, p. 139; ASCARELLI, Panorama..., ps. 37.

⁷⁵ FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 272 sgts., nota 11 y 12; WATHELET, p. 163 sgts.

⁷⁶ FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 96, 105; BARBERO, t. I., p. 160, en relación a la responsabilidad.

En efecto, la sociedad interesa como “negocio” o como “contrato”, pero interesa tanto y acaso más como *relación de organización*, ya que el negocio o el contrato “hecho” se agota en un punto o en un lapso extremadamente limitado respecto de la que puede ser la duración de la relación de organización “efectos”, desplazando el problema del plano del “acto” al de los “efectos”. Claro está que se concluye que el negocio jurídico societario no se agota en el contrato, porque la comunidad de fin y la actividad crean una organización a través de la cual se otorgan facultades de intervención, de control, de previsión y de normas –estructurales y funcionales-, generando una imputación autogestante o diferenciada por los resultados de la actividad.⁷⁷

De ahí la distinción clásica, generalizada en la mayoría de los países continentales entre el aspecto contractual, dominado por el conflicto de intereses, y el aspecto organizativo, dominado por el fin común, donde se subraya el contenido organizativo del negocio o contrato como instancia normativa básica de la actividad social programada y la responsabilidad a ella conectada por la calificación de aquellos actos que tienen un valor de imputación autogestante.⁷⁸

Una parte de la doctrina define la causa como la actitud del contenido global del contrato a una función económico-social apreciable sobre la base de los principios que inspiraron el ordenamiento jurídico, vale decir, como el contenido integrante del contrato –incluidos el objeto que determine el pacto de las partes, y cualquier otro elemento, incluso accidental o accesorio, que forme parte del propio pacto- considerado en su actitud para esta función socioeconómica⁷⁹, en este sentido, la causa se identifica con la función típica del negocio, reconocida en la síntesis de sus elementos, resulta claro que la determinación de voluntad, en cuanto dirigida a la causa, como lo está normalmente, comprende también, por lo mismo, tales elementos⁸⁰. Por ello, GIRON TENA puntualiza que *Objeto, fin y organización* son justamente los elementos que asumen relieve causal en las relaciones asociativas o por lo menos a nuestro juicio se conectan; en la doctrina italiana ROMANO-PAVONI primero y luego CARLOS, contemplan la existencia de un catálogo de causas diferenciadoras en el negocio jurídico societario, como por ejemplo: de sociedad simple, de sociedad colectiva, de comandita simple y de sociedad por acciones, de acuerdo a la organización que sirven para individualizar cada tipo. Otro sector de la doctrina italiana FERRO-LUZZI y SPADA, entiende que en el plano de la causa, que las singulares figuras societarias se configuran con un carácter neutro, funcionalmente inexpresivo.⁸¹

A nuestro juicio la causa se asienta sobre ***la actividad de cooperación asociativa conjunta y coordinada en el plano funcional, donde se observan una pluralidad de intereses combinados y convergentes a un fin común o autónomo, sobre la base de la organización creada, teniendo en cuenta sus efectos internos y externos.*** Los interés combinado y convergente al que hacemos referencia, tiene que ver con la maximización de la eficacia de la actividad empresarial, interés en la maximización de las ganancias, e interés en la maximización del dividendo constituyen intereses reconducibles a la causa del negocio jurídico societario, donde el aporte de los socios tienen una

⁷⁷ BARBERO, t. IV, p. 317; FERRO-LUZZI, ps. 76 sgts., 117, 118, nota 33, 170 sgts., 234 sgts., 242 sgts. y todo el capítulo V, donde subraya el contenido organizativo del contrato y las diferencias estructurales y funcionales entre el negocio jurídico societario y el contrato de cambio; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 14, 272, nota 9, 275 nota 16, 275, nota 17 bis, 280 y sgts. ZALDIVAR, p. 274, RICHARD, Org. Asoc..., p. 101; ROMERO, ps. 378 sgts.; GIRON TENA, ps. 131 sgts., sobre el contrato constitutivo de la sociedad; ROMANO-PAVONI, ps. 448, 449 y en sociedad por acciones ps. 520, 522; CARLOS, ps. 9.

⁷⁸ FERRO-LUZZI, ps. 24 sgts., 61 sgts., 117 nota 33, 118 y todo el capítulo V; FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 269, nota 5; CARLOS, ps. 12 sgts.

⁷⁹ OSTI, p. 506, parágrafo 36.

⁸⁰ BETTI, p. 146.

⁸¹ FERRO-LUZZI, ps. 170 sgts., 234 sgts; SPADA, ps. 76; GIRON TENA, ps. 38, 131 sgts., sobre el contrato constitutivo de la sociedad; ROMANO-PAVONI, ps. 448, 449 y en sociedad por acciones ps. 520, 522; CARLOS, ps. 9.

función intermedia o instrumental y torna factible el desenvolvimiento de la actividad económica posterior que constituye el objeto de la sociedad como finalidad mediata del negocio.⁸²

En el contrato de cambio ocurre lo contrario, lo que es interés para una de las partes es exactamente lo opuesto y correlativo para la otra. Esta justificación se halla subjetivamente por la finalidad inmediata perseguida por las partes; cada una de éstas, en el contrato de cambio, teniendo presente la prestación de la parte contraria, consiente en el sacrificio constituido por la asunción de su propia prestación, que es fin para una de las partes, mientras que para la otra es medio; este fin inmediato que las partes persiguen y que equitativamente justifica la prestación, constituye, en definitiva, lo que en la doctrina causalita se denomina “causa”.⁸³

En la relación de organización asociativa, además de las características indicadas anteriormente, está presupone generalmente –y no de forma necesaria- un grupo humano que efectúa una serie de prestaciones con un sentido de convergencia y autonomía funcional que la diferencia del contrato de cambio, tal como se expresó anteriormente; aquí esa reciprocidad o correlatividad es mediata e indirecta, de modo convergente a una finalidad de interés común o autónoma, por lo que no tienen carácter recíproco, sino que todas ellas tienden concordantemente a la realización del objetivo común, donde cada parte adquiere derechos y obligaciones no respecto de la otra parte, sino respecto de todas las demás, de este modo, se ha demostrado que respecto del signalagma común (típico, la compraventa), el signalagma social presentaría por lo menos anomalías funcionales, por no justificar la suspensión por cumplimiento, respecto del socio que no ha hecho la propia inversión, por parte de los demás, para retardar las suyas. Esta modificación funcional expresa hasta qué punto las relaciones jurídicas entre los socios –cuyos intereses se actúa básicamente por vía del ente- caen fuera del esquema clásico del contrato de cambio.⁸⁴

En nuestro derecho y en particular en el negocio jurídico societario se torna necesario hablar dentro de la organización –de relaciones jurídicas orgánicas-, con referencia al caso en que la relación sea correlativa a una organización con algún grado de complejidad, que puede tener como función la de crear un ente con estructura corporativa. En este caso, el negocio jurídico de creación agota sus efectos una vez que se ha creado los cuadros constitucionales de la organización, debido a la preeminencia de la persona jurídica, donde el conflicto de intereses se concentra en la creación del ente personificado con un fin autónomo y no en un conflicto de intereses del vínculo jurídico como en el contrato de cambio. De este modo, la función del negocio es crear los presupuestos de la organización, dónde el *scopo-fine* garantiza el conflicto, el *scopo-mezzo* expresa el momento de cooperación asociativa funcional, inherente a todo fenómeno asociativo.⁸⁵

En este sentido, y en mérito de ello es evidente, como lo señala FARGOSI, lo trascendente deviene en no centrar el problema en los derechos subjetivos que derivan de las relaciones entre socios, sino que lo que es trascendente es que se está creando una organización para el desarrollo

⁸² GALGANO, p. 212 sgts.; FERRI, Causa e tipo..., ps. 393 sgts.; GIRON TENA, Derecho de sociedades, p. 38; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 275 sgts.

⁸³ASCARELLI, Panorama..., ps. 31 sgts. parágrafo 2; en particular p. 37; CARNELUTTI, Teoría general..., 439 sgts., OSTI, Contratto, p. 472 parágrafo 8nota 4, sobre el contrato de sociedad ps. 474, APARICIO, t. I, ps. 48 parágrafo 16.

⁸⁴(RICHARD, Org. Asoc. p. 124 y sgts.; PALMERO, p. 844: FONTANARROSA, ps. 140 y sgts.; APARICIO, p. 165; en la doctrina italiana: FERRO LUZZI, ps. 234; ASCARELLI, Il contratto plurilaterale, Saggi Giuridici..., ps. 294 y sgts., en particular punto x; BRUNETTI, p. 132; BARBERO, t. IV, p. 317; FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 270.

⁸⁵ FERRI, Causa e tipo nella teoría del negozio giuridico p. 34; ASCARELLI, Il contratto Plurilaterale, en Saggi Giuridici..., ps. 294 y sgts.; FERRI, voz Contratto Plurilaterale, en Novissimo Digesto Italiano, ps. 679 y 681; SALANDRA, Il contratto plurilaterale e la Società di due soci, ps. 836, 838, y 842 sgts.; ASCARELLI, Società..., p.24 sgts: BARBERO, t. IV, p. 317; RICHARD, Organización Asociativa, ps. 26 sgts; ZALDIVAR, p. 274; CRISTIA (H), p. 19; más recientemente SPADA, p. 121 sgts.

de una actividad y esa circunstancia requiere, por las plurales relaciones que existirían con el nuevo sujeto, un reclamo cierto de la seguridad jurídica.⁸⁶

Así las cosas, el negocio jurídico societario generalmente constituye relaciones jurídicas orgánicas, y en estas se puede apreciar la preeminencia del **deber** sobre **el derecho subjetivo**, o bien se tiene el que ha sido llamado **poder-deber**, donde el negocio jurídico corporativo o el contrato corporativo aparece como un presupuesto externo de la sociedad cuya reglamentación está fijada legislativamente por familias de ordenamientos; no sucede lo mismo, en los contratos de cambios, que prevalece el momento del **derecho subjetivo** por sobre el **deber**; y este esquema lógico derecho-deber, resulta insuficiente para resolver las situaciones que plantea el negocio asociativo personificante.⁸⁷

El maestro ASCARELLI señaló que todas las obligaciones derivadas del negocio societario tienen la misma naturaleza, a diferencia de los contratos de cambio en los cuales la obligación de una parte es típicamente contrapuesta a la de la otra parte; lo propio también sucede con la variedad del contenido de los deberes de los socios, para todos jurídicamente idénticos, contrapuesto a la fijeza y diversidad de las obligaciones derivadas de los contratos de cambio.⁸⁸

En función de lo expuesto anteriormente, y ubicado ahora en la teoría general del derecho, hace notar CICU un curioso fenómeno: de un tronco común salen dos ramas, en cada una de las cuales, la relación jurídica resulta de una estructura fundamental distinta: en una, el elemento **deber** prevalecen sobre el elemento **derecho** y la autonomía de la voluntad del sujeto, queda limitada por el interés superior al que debe servir, son lo que denominan relación jurídica orgánicas –contratos asociativos; en las otras impera el **derecho** sobre el **deber** y la autonomía de la voluntad se desenvuelve libremente, constituyendo las relaciones individuales o relaciones inorgánicas, propias de los contratos de cambios.⁸⁹

A esta altura se podría afirmar, que desde la relación jurídica se perfila claramente una relación de organización asociativa y que la teoría del negocio jurídico todavía está sujeta a una formidable evolución en este campo para integrar y desarrollar nuevos y renovados conceptos jurídicos, que se extiendan al campo de la ciencia jurídica—en particular, a la teoría del derecho y a la teoría del negocio jurídico de modo sistemático-. En este aspecto y sólo para mostrar la falta de una noción de “actividad” en el CCC, debido a que aún no está suficientemente elaborada, pero que debe ser receptada en toda su significación como fenómeno no fungible con el acto jurídico. Así las cosas, y frente a tal manera de ver este tópico, a nuestro juicio, se debió regular en la parte de persona jurídica antes de inoponibilidad, a la teoría de la actividad enderezada a integrar un capítulo en la teoría general del negocio jurídico, tal como lo insinuó ASCARELLI en el derecho italiano.⁹⁰

Sin embargo, la consigna del congreso es una idea repetida como predica constante por el maestro RICHARD desde el año 1992 aproximadamente, donde quiere mostrar que el negocio jurídico societario descrito anteriormente, debe existir primordialmente la sincronía o compatibilidad entre **libertad y responsabilidad** como brújula que guía toda la interpretación, calificación e integración jurídica en el negocio asociativo –sociedad-, teniendo en cuenta los intereses individuales y colectivos; sin dejar de lado que existen otras varias relaciones inmanentes

⁸⁶ FARGOSI, p. 10.

⁸⁷ MESSINEO, t. II, ps. 5 sgts; FERRO-LUZZI, ps. 9 y sgts.; FARGOSI, p. 10; APARICIO, p. 172.

⁸⁸ ASCARELLI, Sociedades...ps. 26 y 28.

⁸⁹ Cfr.: COSSIO Y CORRAL, p. 250.

⁹⁰ Cfr.: FARGOSI, Sociedad y actividad ilícita, p. 612 sgts; HALPERIN, Curso de Derecho Comercial, ps. 233 y Sociedades anónimas, p. 165, parágrafo 13; ZALDIVAR, p. 257 sgts.

y correlativas en el sistema jurídico que confronta con la misma intensidad anteriormente indicada, dependiendo de las circunstancias generales y específicas de los actos y del sector del derecho involucrado –por ej.: **libertad y confianza**.-

Claro está que el fenómeno asociativo, se asienta sobre la base de la cooperación asociativa funcional convergente, con estructura organizativa orientada a un fin común o autónomo, que puede generar una organización corporativa, dando por ello, relieve normativo a la “**actividad**” para alcanzar un fin medio –*scopo-mezzo*- común a todas las partes, que a nuestro juicio la noción de actividades ***toda programación de comportamientos del ente, dispuestos en una serie de hechos o actos continuados, orientados, coordinados y unificados en el plano funcional entre sí y en razón de su fin común o autónomo, que a través de una sucesiva utilización acaba indirectamente por redundar en beneficio de todas las partes del negocio jurídico societario.*** De este modo entre prestaciones y fin común se encuentra el diafragma de la actividad común disponiendo los medios para la realización de la onerosidad mediata del negocio jurídico societario, a diferencia del contrato de cambio que la prestación redundante directa y exclusivamente en ventaja de la otra parte – onerosidad inmediata-.⁹¹

Para un entendimiento coherente, es preciso recordar que en la configuración de la actividad gestionada común propia del negocio jurídico societario, donde la norma debe estar orientada prevalentemente al problema de la **actividad** y de la **responsabilidad** a ella conectada, dejando en la sombra las cuestiones relativas a la calificación de aquellos actos que tienen un valor de imputación, los que estarán estrechamente ligados a los bienes que integran el patrimonio de la persona jurídica como instrumento de subjetivación típica de las figuras societarias.⁹²

De esta forma, el fenómeno asociativo debe ser jurídicamente construido, en opinión de FERRO-LUZZI, como una hipótesis particular de actividad en torno a la cual emerge una serie de caracteres estructurales, funcionales e inderogables impuestos por el orden estatal, que se sustancian jurídicamente a su vez en lo que se ha dado en llamar la organización, como forma jurídica de la actividad.⁹³

Para luego afirmar la diferencia de técnica constructiva entre el negocio de cambio con un esquema –esencialmente subjetivista-, tal como se encuentra en nuestro derecho; y por otro lado, el negocio asociativo, que por el contrario, representa por definición un momento colectivo de la experiencia, social y jurídica, y para nosotros su construcción no se puede realizar más que según una técnica constructiva objetiva, que conduce al concepto normativo de la actividad, reguladora del fenómeno asociativo.⁹⁴

⁹¹ Cfr.: CARLOS, ps. 12, 228 sgts., 236 nota 3; RICHARD, Org. Asociativa, ps. 125 y 134 notas 67 y 74). Con la afirmación anterior se marca la deficiencia del art. 967 CCC que no contempla este aspecto de la onerosidad mediata, tal como surge de su lectura. Además, del concepto de actividad surge el concepto de empresa como actividad económica del empresario en el derecho italiano –art. 2082 CCI- (PANUCCIO, ps. 562 y sgts. también núms. 20, 22, 119 y 121; AULETTA, ps. 981sgts.; FERRO-LUZZI, ps. 188 sgts., todo el capítulo IV; FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 304 sgts., quien analiza la estructura dogmática del “*fin común*” y de la “*actividad común*”; FERRI, voz Contratto plurilaterale, p. 680, parágrafo 4, quien también marca que la relación no es directa sino a través del diafragma de la actividad común, donde las prestaciones asumen una función instrumental; en el mismo sentido ASCARELLI, Contratto plurilaterale; comunione di interessi..., ps. 331, 333 sgts.

⁹² Cfr.: FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 282 nota 25; FERRO-LUZZI, ps. 295 sgts, realiza una valoración crítica del derecho italiano, con argumentos dogmáticos de validez general del fenómeno asociativo.

⁹³ Cfr.: FERRO-LUZZI, ps. 188, 213 sgts. del punto 5 del capítulo IV y 242, del punto 4 del capítulo V sgts.); FERNANDEZ DE LA GANDARA, p. 316, nota 71.

⁹⁴ FERRO-LUZZI, cap. V, punto 3, p. 234, GALGANO, nota 25, ps. 200/201; FERNANDEZ DE LA GANDARA, ps. 304 sgts.). Por eso el fenómeno asociativo por su naturaleza representa un típico ejemplo de la superación del momento individualista a

De este modo, entra dentro de la libertad de contratación la elección del tipo, al menos en teoría, la forma organizativa más o menos compleja necesaria para el desarrollo de la actividad común prevista, el objeto social y el régimen de mayoría que tiene distintos significado y alcance según nos refiramos a una sociedad anónima o a una colectiva.⁹⁵ Lo que le da al negocio jurídico societario un consentimiento específico y calificado del socio a diferencia de los contratos de cambio.⁹⁶

Se advierte que el principio de “**libertad bajo responsabilidad**” en relación con la determinación del objeto social que satisface distintas funciones en la organización corporativa interna y externa, y de ahí su importancia: *en cuanto a la sociedad*, a través del interés social diferenciado y propio del ente societario, que delimita las facultades de los administradores y, en ocasiones, la competencia de la junta general. *El de los socios*, el objeto social es un elemento esencialmente pletórico porque, en primer lugar, es el elemento objetivo que siendo destino y concreción de su voluntad, centro de imputación de su consentimiento, delimita la vinculación inherente a sus declaraciones de voluntad en el momento constitutivo. También *el interés general, o interés público* en la intervención de estado para modificarse el objeto. *De los terceros en general*, porque el objeto social inscrito les procura un criterio para delimitar las facultades de los órganos que representan a la sociedad. *De los terceros en particular*, se puede expresar que bajo este acápite cuando se discuta la extraneidad respecto del objeto social.⁹⁷ Esta aquí presente no sólo la libertad sino también el componente de la responsabilidad, que se proyecta en todos los efectos jurídicos internos y externos de la organización autónoma, mostrando claramente que en materia de negocio jurídico societario “**libertad bajo responsabilidad**” es lo que definitivamente se impone y es connatural a todo el universo jurídico de la persona jurídica y del negocio jurídico, donde la **libertad** siempre está balanceada con la **responsabilidad** y la protección de la **confianza** de los terceros. De este modo, **libertad bajo responsabilidad** es una pauta axiológica de calificación y de integración que debe guiar al intérprete y es parte de la construcción misma de la relación organizativa societaria como recurso técnico instrumental, donde el buen hombre de negocio debe actuar con **libertad pero bajo responsabilidad**, teniendo en cuenta el deber de lealtad y diligencia con carácter previsor, en la planificación total de la comunidad de intereses de la organización patrimonial autónoma –art. 159 CCC--.

Así las cosas, la relación asociativa –como regla privada- ha quedado a salvo de la consideración del negocio corporativo -persona jurídica- que es simplemente un centro unitario de imputación de las obligaciones de cuidar la ejecución una serie de hechos o actos continuados, orientados, coordinados y unificados en el plano funcional entre sí y en razón de su fin común o autónomo. De esta manera negocio jurídico y persona jurídica, coexisten durante toda la relación y sirven, uno y otra, para explicar la compleja disciplina del fenómeno de la relación de organización, donde las plurales situaciones o relaciones jurídicas, conexas, duraderas, estructurales, funcionales y convergentes a un fin común o autónomo que se manifiestan en el negocio jurídico societario como

favor del momento social colectivo o ultraindividualidad, si se quiere de la experiencia jurídica (FERRO-LUZZI, cap. IV, ps. 213/214; APARICIO, p. 173, en el mismo sentido.

⁹⁵ FARGOSI, Prólogo en Sociedades Comerciales, p. 11.

⁹⁶ MANÓVIL, p. 1054.

⁹⁷ ZANELLI, La nozione di oggetto sociale, ps 3, 6, 12, 27 sgts.; JAEGER – DENOZZA, ps. 130, 131 y 132, complementa la responsabilidad con la tipicidad legal; BROSETA PONT, Cambio de objeto..., ps. 47, 48, marca las relaciones internas desde la perspectiva de los estatutos sociales; MANÓVIL, ps. 1052sgts.; ETCHEVERRY, Empresa y Objeto Social, p. 797; FARGOSI, Sobre el objeto social..., ps. 658, 661 sgts.; ROMERO, Nota sobre la tipicidad..., ps. 384 y sgts., quien afirma que el tipo societario está determinado por el elemento “responsabilidad”; COLOMBRES, La teoría del órgano..., p. 18 y sgts. y del mismo autor Curso..., ps. 61 sgts.; HALPERIN, Sociedades..., ps. 79 sgts., parágrafo 19; ZALDIVAR, t. 1, cuadernos..., ps. 256 sgts., en particular coincidimos con Dr. Carlos Suárez Anzorena, en el capítulo III –ZALDIVAR y otros, las nociones de persona, capacidad e imputación, ps. 130 sgts.; FERRARA j., Gli imprenditori, ps. 102 sgts., parágrafo 100.

unidad; y que desde el aspecto estructural y funcional como noción sociológica y como dato jurídico puro, no debe ser necesariamente ser un contrato, aunque muchos años legislativamente lo fue como marco claro de referencia.⁹⁸

Por ello se requiere un control de todas las fases en que se plantea un problema de riqueza, desde aquel proclivemente estático (de la propiedad) a aquellos, más bien dinámicos, de la producción de la riqueza (empresa), y de la circulación de ésta (el contrato, en particular, y el negocio, en general), como formas de control del patrimonio, quedando una trilogía de **propiedad, autonomía privada y empresa**, con una armónica coordinación entre ellos, que ha orientado la propiedad y la autonomía privada hacia la solidaridad corporativa, que quedan sometidas a una regulación inspirada en el interés público.⁹⁹

5.- CABE UNA REFLEXIÓN DEBIDA A LOS ANTECEDENTES.

La doctrina argentina fue prácticamente uniforme hasta (GARO, Sociedades..., II, p. 353 y 354), en el sentido de adjudicar a la participación una naturaleza societaria, aunque dejando a salvo su inexistencia frente a tercero o calificándola como **sociedad-contrato** y no como **sociedad-persona**.¹⁰⁰ Recuerdo la lectura de FONTANARROSA quien, cambiando su opinión expuesta en el sentido de que constituía una verdadera sociedad en el régimen jurídico argentino —en nota a DE GREGORIO, Sociedades..., II, p. 415- sostiene que se trata de un contrato bilateral o de cambio.¹⁰¹

Aquí se justifica la advertencia de FERNANDEZ-NOVOA que expresa que hay dos concepciones en materia societaria: una amplia y otra estricta en torno al concepto de sociedad comercial. La primera prevalece en la doctrina alemana, encuentra la nota distintiva en la colaboración de varias personas para promover una finalidad común, sin que se requiera patrimonio común ni personalidad. La concepción estricta requiere que la comunidad de fines se corresponda con una comunidad de medios, dando origen a una organización autónoma de la voluntad común.¹⁰²

Esta construcción dogmática quedó atrapada y se desarrolló en el pensamiento de la Escuela Comercialista de Córdoba en la confrontación de dos corrientes que se manifestaron en el Primer Congreso de 1977 hasta la reforma del Código Civil y Comercial en el año 2015, en este sentido, se ha realizado por parte de la doctrina trabajos que se pueden apreciar claramente la evolución en esta materia, donde el hombre se propone fines, y la ley le suministra los medios que cree oportunos de acuerdo a la respuesta técnico-jurídica a las necesidades económicas y sociales del tráfico en momentos históricos diferenciados.¹⁰³

Partiendo del concepto amplio de sociedad alguna doctrina incorporaba a la sociedad accidental o negocio en participación, no personificada, en la prohibición del art. 30 LSC, incluso manteniéndose esa ideología en la reforma de 1983¹⁰⁴. El Maestro RICHARD ha expresado en torno a esta problemática que el art. 30 L.S., es una norma arbitraria e irrazonable que sólo limita la constitución de sociedades y no la celebración de contratos participativos, analizando principalmente su naturaleza jurídica y tamizando la tipificación legal en un proceso de doble grado:

⁹⁸ DALMARTELLO, p. 105; GALGANO, p. 200 ZANELLI, ps. 12 y sgts.

⁹⁹ FERRI, ps.193 y 194; RICHARD, Las relaciones de organización..., ps. 196 sgts.

¹⁰⁰ Cfr.: RICHARD, Org. Asoc., ps. 26 y sgts.

¹⁰¹ ANAYA, p. 98 y sgts.

¹⁰² ANAYA, p. 99; FERNANDEZ-NOVOA, p.444, texto y nota 49; cfr.: RICHARD, Org. Asoc., ps. 105 y sgts.; HALPERIN, El concepto de sociedad..., ps. , del mismo autor: Curso de Derecho Comercial, p. 199; MALAGARRIGA, En torno al concepto de sociedad..., ps. 561 sgts; en la doctrina italiana cfr.. FERRO-LUZZI, p. 219 sgts; SPADA, ps. 100 sgts.

¹⁰³ Cfr.: MARSILI, ps. 147 y sgts.; COVIELLO, p. 344; GANDARA, p. 30.

¹⁰⁴ Cfr.: PALMERO, ps. 846, 847 sgts.

de primer grado y de segundo grado en su análisis sistémico, para concluir su posición dogmática de la no aplicación del art. 30 L.S. a esta figura no societaria sino contractual.¹⁰⁵ Agregando además, el inconveniente de considerar a una mera relación contractual como un negocio societario, aplicándoseles de este modo la nulidad, apartándose de los principios generales de la teoría general de los contratos, para imputar equivocadamente una nulidad especial societaria con distintos efectos, sumando así un régimen sancionatorio gravoso de las sociedades irregularmente constituidas o de hecho. También advertía que no era un problema de capacidad sino de legitimación produciéndose efectos jurídicos distintos: Además, mercaba la falta de conexión entre la función económica y la estructura jurídica en sus aspectos dinámicos, frente a la rigidez de la norma legal y los intereses específicos que protegía el art. 30 LS, y proponía una interpretación sobre la base de la naturaleza jurídica del negocio en su estructura general; amplia para las figuras contractuales y estricta para las figuras asociativas personificante –concepto estricto de sociedad–, de acuerdo a la configuración morfológica de la relación jurídica tratada en particular.¹⁰⁶

Los proyectos de unificación de los Códigos Civil y Comercial evidenciaron esas tendencias que se iluminaban con una concepción amplia o estricta del concepto de sociedad, unido a su no personificación, criterio dogmático que perdió virtualidad en 2015, al separarse normativamente los contratos asociativos no personificados 1442 CCC, entre ellos el negocio en participación en el art. 1448 CCC no aplicándose las normas sobre sociedad y no constituyendo una persona jurídica, sociedad o sujeto de derecho.-

Las formas de sociedad en la nueva normativa sobre personas jurídicas y la recepción de la sociedad simple en la LGS temas que trabajáramos conjuntamente con el maestro RICHARD, además, de los contratos de colaboración, integración, plurilaterales, parciarios, asociativos y figuras afines de la mano de la doctrina italiana, consolidándose estos conocimientos en su libro “Organización Asociativa”, que nos motivó a seguir en ese camino de la profundización y estudio. También se trabajó en conjunto en “Contratos de colaboración y asociativos, Clasificación y efectos”, ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, ver Actas del Congreso-. “Subsistencia de los órganos societarios en los concursos”, y “Representación societaria y la representación social” en las I Jornadas Sanjuaninas de derecho Societario de 1991, todas estas construcciones jurídicas hoy expuestas en el presente. -

Toda una reestructuración, junto a la posterior ley de LACE, del pensamiento sobre libertad en la configuración de la estructura de una sociedad, subsistiendo con mayor fuerza, a raíz del art. 150 CCC –norma de aplicación integral a los subsistemas-, como la integración ante la crisis de sociedades de la legislación específica y la concursal, donde se pone en juego la tipicidad causal de la relación societaria, particularmente la asunción de las pérdidas por los socios, que hace a la responsabilidad, integrando así el lema del nuevo Congreso “**Libertad bajo responsabilidad**”.-

Por último, hay que tener en cuenta que valgan estas anotaciones como modo de abrir un nuevo campo de investigación y análisis de nuestro Derecho Societario, desde que, si algo es criticable, es

¹⁰⁵ RICHAR-MUIÑO, Derecho Societario, p. 49; ETCHEVERRY, p. 140, nota 17; en la doctrina italiana: SPADA, p. 9; GANDARA, p. 219, mostrando la utilidad del vocablo tipo.

¹⁰⁶ RICHARD, Relación de organización..., p. 42; ANAYA, p. 102, donde analiza con claridad los elementos específicos del contrato de sociedad, comparándolos con el negocio en participación; LINARES, p. 146, parágrafo 57, donde el término razonabilidad del texto está utilizado como conciliación de la valoración técnico-social con la jurídica, vale decir, entre medios y fines. En la doctrina italiana, con fundamentos amplios: cfr.: RAVA, Associazione in partecipazione..., 36 sgts. 43 sgts; GHIDINI, L'Associazione in partecipazione, ps. 13 sgts., dándole distintas fisonomías, como contrato de cambio, otra como contrato de colaboración o como contrato parciario.

no tratar de interpretar leyes con un sentido evolutivo y de actualización, conforme a las exigencias, bienes y valores tutelables del cuerpo social.¹⁰⁷

Este camino abierto por el Maestro RICHARD ha calado muy hondo en nosotros y a muchas de las cosas compartidas le fuimos encontrando respuestas dogmáticas, en la maravillosa aventura de la creatividad, del estudio y del esfuerzo permanente que nos enseñó, por ello, con gran respeto intelectual le dedico este humilde trabajo en homenaje a él, que tanto ha bregado por el pensamiento jurídico y la reflexión permanente del derecho de muchas generaciones, donde la **libertad y la responsabilidad** son valores de la vida y del derecho.-

¹⁰⁷ FARGOSI, El balance..., p. 108.