

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿QUÉ ES LA EMPRESA?. REGÍMENES JURÍDICOS DE LA EMPRESA EN SOCIEDAD() (480)*

RITA A. S. DE BURSTEIN

¿Qué es la empresa? Mucho se ha escrito y tanto más se ha dicho intentando definir la empresa. Ardua tarea, a veces infructuosa, dada la complejidad de elementos que la componen, pero es fundamental no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

olvidar ab initio que el concepto de empresa es fundamentalmente económico, y que de éste deriva necesaria y coincidentemente el concepto jurídico.

Así, para Halperín, la noción de empresa surge, a su juicio acertadamente, del Código Civil italiano de 1942 donde se define a la empresa como la organización de bienes y de servicios para la producción de bienes y de servicios con un fin económico.

Para Garrigues, "empresa es la organización de la actividad" y, además, un conjunto de elementos de variada naturaleza: "la actividad del empresario no puede separarse de la persona del mismo".

El derecho mercantil, como lo han reconocido muchos juristas, tiene un movimiento constante que produce o crea nuevas instituciones jurídicas; hace caducar las vigentes, cuando dejan de ser tales por las nuevas exigencias económicas y jurídicas; y amplía las concepciones clásicas adaptándolas a las actuales necesidades. La idea de empresa no escapa a esta regla.

Coincidentemente con lo expuesto, Mossa, en su Historia del Derecho Mercantil en los siglos XIX y XX, dice: ". . . La libertad y la igualdad son los ideales puros de este gran pensamiento mercantilista. Consecuencia directa de ese movimiento de ideas fue el volver a suscitarse una teoría sobre la empresa, destinada indudablemente, a calificar el derecho del siglo", y más adelante dice: "...las teorías estaban faltas de una clara consideración de la economía y de la realidad política, estando esencialmente imbuidas del espíritu de los conceptos...".

El concepto de empresa llega a la dogmática jurídica fusionado con los conceptos de sociedad y de hacienda, deduciéndose del Cód. Civil italiano de 1942 la distinción entre "empresa" (organización del trabajo) y "hacienda" (organización de bienes). Existen, sin embargo, autores que unifican ambos conceptos, introduciendo la hacienda en la empresa, determinando que la empresa es actividad y la hacienda la organización patrimonial. Sin embargo, entendemos que del concepto surge fundamentalmente la idea de organización como dato distintivo. Una organización dinámica aceptando mutaciones y riesgos.

El gran interrogante que surge ante la pregunta de si la empresa es sujeto u objeto de derecho, está íntimamente ligado a la naturaleza jurídica del patrimonio y por consiguiente de la forma societaria que se adopte, o si se trata de una empresa individual.

Se sostiene que es sujeto de derecho cuando hay un patrimonio afectado especialmente a la actividad económica desarrollada y que en nuestro derecho positivo tiene íntima relación, para así determinarlo, que adopte uno de los tipos societarios especificados por las leyes en vigencia en los cuales se limita la responsabilidad de los "dueños" de la empresa y que va desde la sociedad colectiva a la sociedad anónima.

Las únicas instituciones previstas por la ley 19550, en la que la empresa sería objeto de derecho, son: las sociedades irregulares y las sociedades de derecho, en que no existe afectación de un patrimonio, sino que responden "los empresarios" con todos sus bienes.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Similar situación corresponde al ejercicio individual del comercio, dado que no existe un patrimonio diferente al del titular de la empresa.

Obvio es destacar la importancia desde el punto de vista impositivo de las diferentes formas en que la empresa desarrolle su actividad.

En nuestro derecho positivo, partiendo de lo general a lo particular, existen cuatro grandes grupos de formas societarias que se dividen en: a) Asociaciones civiles; b) Sociedades civiles; c) Cooperativas y d) Sociedades comerciales.

Dada la limitación de este trabajo, me referiré exclusivamente a las sociedades comerciales, regidas actualmente por la ley 19550.

El legislador ha establecido taxativos y determinados tipos de sociedades, clasificándolas, en la exposición de motivos, en tres grandes grupos: 1) de interés; 2) por cuotas y 3) por acciones. Admite, empero, dos tipos de sociedades, que podemos denominar sui géneris: las sociedades irregulares y las sociedades de hecho.

Antes de enunciar los tipos admitidos por la ley 19550, debemos dejar aclarado un concepto que, generalmente, se utiliza como sinónimo, y que nada tiene de tal. Sociedad irregulares conforme lo ha dicho la justicia de la Capital Federal, es aquella en la que sus socios se encuentran identificados, se ha firmado un contrato social; en suma, se han dado todos los pasos que evidencian la intención de llegar a constituir una sociedad de carácter regular y que, por circunstancias ajenas o no a sus integrantes, no llega a concluir el proceso como sociedad regular al no alcanzar su definitiva inscripción.

Por el contrario, sociedad de hecho es aquella que ha nacido sin intención alguna de sus integrantes de llegar a alcanzar la jerarquía de algún tipo societario previsto por la ley, y en la que, por lo general, no existe ningún instrumento que regule los derechos y obligaciones de los socios.

La distinción establecida en la exposición de motivos de la ley 19560 en tres grandes grupos, nos permite encuadrar en cada uno de ellos a los distintos tipos societarios admitidos por esta ley que rige la materia, y es así que con sociedades de interés: a) la sociedad colectiva; b) sociedad de capital e industria; y c) sociedad en comandita simple. Es sociedad por cuotas la sociedad de responsabilidad limitada y, encuadradas dentro del último grupo, es decir, por acciones, la sociedad en comandita por acciones y la sociedad anónima.

Cabe entonces destacar que nuestra ley de sociedades no establece la clásica distinción en sociedades de personas y sociedades de capital.

Sin embargo esta distinción cobra vigencia en la legislación impositiva, que la utiliza en la ley de impuesto a las ganancias; ley de impuesto sobre los capitales; ley de impuesto sobre el patrimonio neto y decreto reglamentario del impuesto sobre los beneficios eventuales.

Toda esta rápida y teórica visión de nuestro derecho positivo nos lleva, indefectiblemente, a analizar la complejidad de la función del notario en la creación de un ente societario.

El notario no es sólo el "hacedor" del instrumento que regirá las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relaciones de los socios entre sí o frente a terceros, es el consultor, el consejero de sus clientes en toda actividad jurídica, y por ende, debe contemplar, al sugerir o aconsejar la elección de un tipo societario, diferentes aspectos que podemos enumerar como: a) de objeto; b) costo de mantenimiento; c) simplicidad o complejidad en su constitución; d) capacidad para obtener créditos; e) determinación o no de sus integrantes; f) posibilidad de transferencia de su capital accionario; g) facultades de dirección; y h) ventajas lícitas de tipo impositivo.

En consecuencia, en un cuadro comparativo, y comenzando por las llamadas sociedades de interés, pasamos a referirnos a la sociedad colectiva. Es aquella en que sus socios se encuentran perfectamente identificados y responden con todo su patrimonio ante las deudas de la sociedad, si bien debe excluirse en primer término el patrimonio societario.

Esta sociedad presenta como ventajas la facilidad para su constitución, el conocimiento por parte de los terceros de quiénes son sus integrantes (sociedad personal); división del impuesto a las ganancias que recae en cabeza de cada uno de los socios y no de la sociedad persona jurídica. Como inconvenientes, además de la responsabilidad ilimitada, se destaca su no admisión para determinados objetos, como por ejemplo: bancos y seguros; la resolución parcial del contrato en caso de fallecimiento de alguno de ellos, salvo la prevención de la inclusión de los herederos en determinadas condiciones.

En cuanto a la sociedad de capital e industria le son aplicables las consideraciones vertidas con respecto a las colectivas, con excepción a la responsabilidad donde el socio capitalista responde ilimitadamente como en las colectivas, limitando la responsabilidad del socio industrial hasta la concurrencia de las ganancias no percibidas.

En las sociedades en comandita simple, típicas sociedades de personas, la responsabilidad de los socios comanditados se asimila a la de las sociedades colectivas, encontrándose limitada a los aportes de los socios comanditarios. Este tipo societario es exigido, por ejemplo en las que tienen por objeto la explotación de farmacias, en las que es condición esencial (la condición) el título habilitante del socio comanditado.

Está gravada en sus ganancias netas imponibles, según lo determina la ley de impuesto a las ganancias.

Las sociedades de responsabilidad limitada son consideradas sociedades de interés para la ley de fondo, y sociedades de capital para la ley impositiva.

Con la modificación introducida por la ley 21286 varió el tratamiento impositivo, en materia de impuesto a las ganancias, que hasta ese momento tenían las sociedades de responsabilidad limitada, incorporándolas al régimen de las sociedades de capital, conjuntamente con el capital comanditado de las sociedades en comandita simple y por acciones. A partir de ese momento pasan a tributar el 33 % de sus utilidades impositivas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Hasta ese momento son sujetos pasivos del gravamen los socios en forma individual.

El primer problema que planteó esta reforma fue el de la consideración de la retribución abonada a los socios administradores. Esto se resuelve felizmente por la ley 21481 que permite su deducción a la tercera categoría.

Estas reformas en el tratamiento de este tipo societario traen, en la mayoría de los casos, una mayor presión tributaria sobre ellas.

La sociedad en comandita por acciones es una forma societaria que podríamos denominar "híbrida" y que si bien es considerada como sociedad de capital, toma la parte sociedad de interés en cuanto a sus socios comanditados que llevan la dirección de la sociedad y responden incluso con sus propios bienes.

Todas las figuras jurídicas nacen o renacen por necesidades socioeconómicas que no debemos ni podemos ignorar.

Alrededor del año 1950 la constitución de una sociedad anónima, cuya personalidad jurídica era otorgada por el Poder Ejecutivo, la convertía en un procedimiento poco menos que titánico y, ante la necesidad del "anonimato" y la sanción del impuesto sustitutivo a la herencia surgió la figura solución de la sociedad en comandita por acciones que, además de las ventajas impositivas, presentaba la de su fácil constitución, que no requería ser presentada ante la entonces Inspección General de Justicia sino sólo ante el Registro Público de Comercio.

Prácticamente en la actualidad son poco requeridas por haber desaparecido el anonimato de los socios comanditarios y la obligatoriedad de su conformidad por la autoridad de contralor.

En cuanto a la sociedad anónima, surgen por la vigencia de la ley 19550 dos subtipos que son: a) sociedad cerrada o de familia y b) sociedad abierta o de suscripción pública. Sus partes tributarias no varían, sean de una u otra forma.

Uno de los impuestos que gravan a estas sociedades es el impuesto a las ganancias, introduciendo el concepto de "conjunto económico", aplicable al caso de fusión, división, reorganización de sociedades, transferencias de fondos de comercio, en el que el 80 % o más del capital de la nueva empresa pertenece a un solo dueño o a socios de la empresa que se reorganiza, apartándose de los conceptos de la ley de fondo 19550, considerándolas empresas o sociedades separadas a los fines impositivos.

Las sociedades anónimas se encuentran alcanzadas también por el impuesto al valor agregado (IVA) que reemplazó al impuesto a las ventas a partir del 1º de enero de 1975 y por el impuesto sobre los capitales, que suplantó al impuesto sustitutivo a la herencia que rigió hasta el año 1973, aplicándose actualmente ~a ley 21287.

Dentro de los objetos que pueden hacer aconsejable la constitución de una sociedad anónima es de tenerse en cuenta la obtención de mayores créditos, dado que está regida por un doble contralor que llega inclusive por el cumplimiento del artículo 60 de la ley 19550, al inscribirse la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

designación y cesación de administradores y también el periódico control de I.G.D.J. al presentarse los balances anuales.

El espíritu de la sociedad anónima se ha visto desvirtuado en ocasiones, ya sea por normas legales o por doctrinas tal como la llamada "teoría de la penetración", aplicada por la Corte Suprema de Justicia en el caso "Compañía Swift de La Plata S.A.", donde ante la quiebra de dicha sociedad se dispuso también la quiebra de las empresas controladas. Otro caso, con objeto distinto pero al que se le aplicó esta "teoría de la penetración" fue el de "Parke Davis y Cía. Argentina S.A.", en el cual se decidió que el pago de "royalties" de la sociedad argentina a la sociedad "controlante" con sede en el exterior, no podía ser deducida del impuesto a las ganancias, por considerar que la firma extranjera era propietaria de la casi totalidad de las acciones de la sociedad argentina.

En síntesis, y para clarificar, de los impuestos que hemos visto y que inciden directamente en los socios en forma individual y / o en las sociedades, extraemos el siguiente cuadro:

	Gravan a los socios	Dividendos de S.A. y S.C.A Utilidades de S.R.L., S.C.S. y S.C.A Otras utilidades
Imp. a las ganancias		
	Sociedades	S.R.L. S.A. S.C.S S.C.A. Asociaciones Civiles Sociedades de economía mixta
	Socios	Cesión de cuotas Aportes Constitución
Imp. de sellos		
	Sociedad	Aumentos de capital Adjudicación

Socios: Impuesto sobre patrimonio neto.

A las sociedades: Impuesto sobre los capitales.

IVA

CONCLUSIONES

- 1) El concepto de empresa es fundamentalmente económico.
- 2) La idea de organización es el dato distintivo de la empresa.
- 3) Para poder responder al interrogante de si la empresa es sujeto u objeto de derecho, debemos determinar la naturaleza jurídica del patrimonio y la forma societaria que se adopte, o si se trata de una "empresa individual".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal